Direito Penal

Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado
Vol. II

Antonio José da Costa e Silva

História do Direito Brasileiro

7

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Senado Federal
Senador José Sarney, Presidente
Senador Paulo Paim, 1° Vice-Presidente
Senador Eduardo Siqueira Campos, 2° Vice-Presidente
Senador Romeu Tuma, 1° Secretário
Senador Alberto Silva, 2° Secretário
Senador Heráclito Fortes, 3° Secretário
Senador Sérgio Zambiasi, 4° Secretário
Senador João Alberto Souza, Suplente
Senadora Serys Slhessarenko, Suplente
Senador Geraldo Mesquita Júnior, Suplente
Senador Marcelo Crivella, Suplente

Superior Tribunal de Justiça
Ministro Nilson Vital Naves, Presidente
Ministro Edson Carvalho Vidigal, Vice-Presidente
Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Diretor da Revista
Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
Ministro Francisco Peçanha Martins
Ministro Humberto Gomes de Barros
Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha
Ministro Vicente Leal de Araújo
Ministro Ari Pargendler, Coordenador-Geral da Justiça Federal
Ministro José Augusto Delgado
Ministro José Arnaldo da Fonseca
Ministro Fernando Gonçalves
Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Ministro Felix Fischer
Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
Ministro Gilson Langaro Dipp
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini
Ministra Eliana Calmon Alves
Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti
Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto
Ministro Domingos Franciulli Netto
Ministra Fátima Nancy Andrighi
Ministro Sebastião de Oliveira Castro Filho
Ministra Laurita Hilário Vaz
Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina
Ministro Luiz Fux
Ministro João Otávio de Noronha
Ministro Teori Albino Zavascki
Ministro José de Castro Meira
Ministra Denise Martins Arruda

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Direito Penal

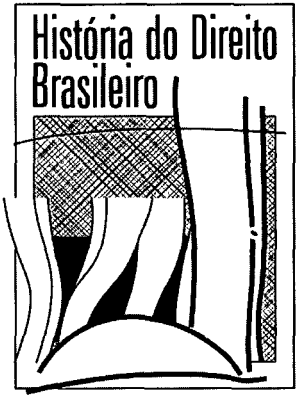
Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado

Vol. II

Antonio José da Costa e Silva

Obra fac-similar

Prefácio de
Felix Fischer



Brasília
Fevereiro/2004

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Conselho Editorial
Senador José Sarney, Presidente
Joaquim Campelo Marques, Vice-Presidente
Carlos Henrique Cardim, Conselheiro
Carlyle Coutinho Madruga, Conselheiro
Raimundo Pontes Cunha Neto, Conselheiro

O Conselho Editorial do Senado Federal, criado pela Mesa Diretora em 31 de janeiro de 1997, buscará editar, sempre, obras de valor histórico e cultural e de relevância para a compreensão da história política, econômica e social do Brasil e reflexão sobre os destinos do país.

Coleção História do Direito Brasileiro - Direito Penal

ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA
Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado

ANTONIO LUIZ FERREIRA TINÔCO
Codigo Criminal do Imperio do Brazil annotado

BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA
Lições de Direito Criminal

FRANZ VON LISZT
Tratado de Direito Penal allemão, prefácio e tradução de José Hygino Duarte Pereira

GALDINO SIQUEIRA
Direito Penal brazileiro (segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia)

JOÃO VIEIRA DE ARAUJO
Codigo Penal commentado, theorica e praticamente

OSCAR DE MACEDO SOARES
Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil

THOMAZ ALVES JUNIOR
Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal

TOBIAS BARRETO
Estudos de Direito

TOBIAS BARRETO
Menores e loucos em Direito Criminal

Comissão Organizadora do Superior Tribunal de Justiça
Walkir Teixeira Bottecchia, Secretário-Geral
Jadir da Fonseca Camargos, Assessor de Articulação Parlamentar
Marcelo Raffaelli, Assessor Jurídico
Luciana Raquel Jáuregui Costandrade, Assessora Jurídica
Judite Amaral de Medeiros Vieira, Núcleo de Redação e Revisão
Mari Lúcia Del Fiaco, Núcleo de Redação e Revisão
Stael Françoise de Medeiros Oliveira Andrade, Núcleo de Redação e Revisão
Projeto Gráfico
Carlos Figueiredo, Núcleo de Programação Visual
Eduardo Lessa, Núcleo de Programação Visual
Taís Villela, Coordenadora do Núcleo de Programação Visual

Silva, Antonio José da Costa e.
Codigo penal dos Estados Unidos do Brasil commentado Antonio José da Costa e Silva ; prefácio de Félix Fischer. -- Ed. fac-similar. -- Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial : Superior Tribunal de Justiça, 2004.
2 v. -- (História do direito brasileiro. Direito penal)

1. Código penal, Brasil (1890). I. Brasil. Código penal (1890) II. Título. II. Série.

CDDir. 341.5

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

No prefácio de sua monumental *A Política Exterior do Império*, dizia Calógeras, referindo-se à história diplomática do país, que era preciso evitar se perdesse "o contato com esse passado tão fecundo em lições e tão cheio de seiva alentadora para quem o sabe consultar". Foi com a mesma finalidade, agora com foco na história das instituições jurídicas brasileiras, que o Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça celebraram convênio para a reedição de grandes obras do Direito Civil e Penal pátrio que comporão a coleção intitulada *História do Direito Brasileiro*.

O projeto nasceu de sugestão que me fez o pesquisador Walter Costa Porto, advogado, professor universitário, ex-Ministro do Superior Tribunal Eleitoral, emérito constitucionalista, personalidade merecedora do respeito de todos quantos o conhecem, a quem presto neste ensejo a justa homenagem que lhe é devida.

Seu objetivo é atualizar, num corpo orgânico, parte da história de nosso Direito e, dessarte, colocar à disposição de especialistas e demais interessados obras da literatura jurídica nacional hoje esgotadas ou de difícil acesso. A importância da iniciativa é evidente: por um lado, contribui para a preservação de nosso patrimônio cultural; por outro, ajudará os estudiosos da evolução das instituições do Direito brasileiro.

Quer nos escritos, quer nas biografias, evidencia-se a magnitude das personalidades a serem reeditadas. Com efeito, não se trata apenas de jurisconsultos e autores de obras de Direito, mas de luminares da cultura nacional, que foram também catedráticos, literatos, jornalistas, ocupantes de elevados cargos públicos e militantes da política.

A coleção publicará onze livros de Direito Civil e dez de Direito Penal. Aqueles são os seguintes:

- *A Propriedade pelo Cons. José de Alencar – com uma prefação do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas*, trazendo de volta livro cujo autor, além de dar expressiva contribuição às letras brasileiras, teve importante carreira política e ocupou o Ministério da Justiça no gabinete Itaboraí.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Acresce ser o livro prefaciado por Antonio Joaquim Ribas, jurista que também será reeditado na coleção.

- *Consolidação das Leis Civis*, de 1858, e *Código Civil: esboço*, dois trabalhos de reconhecido valor histórico, da lavra de Augusto Teixeira de Freitas. O primeiro foi-lhe encomendado pelo governo imperial; a comissão encarregada de revê-lo, após dar o laudo aprobatório, acrescentou que sua qualidade recomendava a habilitação de Teixeira de Freitas "para o Projeto do Código Civil, do qual a *Consolidação* é preparatório importante". Seu esboço de Código Civil, não aproveitado no Brasil, serviu de base para o Código Civil da República Argentina. Quanto à *Consolidação*, seu mérito histórico é realçado pela visão da visceral repulsa ao escravismo manifestada pelo autor.

- *Curso de Direito Civil brasileiro*, de Antonio Joaquim Ribas, que, como dito acima, prefaciou *A Propriedade*, de José de Alencar. No prefácio da 2ª edição do *Curso de Direito Civil* (1880), Ribas disse, em palavras que condizem com o objetivo da coleção *História do Direito Brasileiro*, que "Sem o conhecimento [da] teoria [do Direito Civil pátrio] ninguém pode aspirar ao honroso título de jurisconsulto, e nem exercer digna e satisfatoriamente a nobre profissão de advogar ou de julgar".

- *Direitos de Família* e *Direito das Coisas*, de Lafayette Rodrigues Pereira, datados respectivamente de 1869 e 1877, ambos adaptados ao Código Civil de 1916 por José Bonifácio de Andrada e Silva. Lafayette foi advogado e jornalista liberal, Ministro da Justiça, Senador, Presidente do Conselho e, *last but not least*, defensor de Machado de Assis contra a crítica feroz de Sílvio Romero. Com graça, dizia, a respeito de seu renome, "Subi montado em dois livrinhos de direito". São esses "livrinhos" que aqui estão vindo a lume, obras cujo método Lacerda de Almeida – outro nome na lista de autores da coleção – utilizou para a exposição sistemática do direito das obrigações.

- *Direito das Coisas*, de Clóvis Beviláqua, permitirá aos estudiosos hodiernos familiarizar-se com um gigante da literatura jurídica nacional, autor, a convite do Presidente Epitácio Pessoa, do projeto do Código Civil brasileiro. Modernizador, expressou no projeto sua revolta contra a vetustez do Direito Civil vigente no Brasil.

- *Instituições de Direito Civil brasileiro, oferecidas, dedicadas e consagradas a Sua Majestade Imperial o Senhor Dom Pedro II*, por Lourenço Trigo de Loureiro, nascido em Portugal (Vizeu) e formado em Olinda, onde mais tarde ocupou a cátedra de direito civil; teve cargos políticos,

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

foi professor de francês e tradutor de literatura francesa, inclusive do teatro de Racine. Seu livro, datado de 1850, constitui valioso elemento para aquilatar o cenário contra o qual, meio século depois, Beviláqua expressaria sua revolta.

- *Obrigações: exposição systematica desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira*, de Francisco de Paula Lacerda de Almeida. Publicado em 1897, é um dos muitos livros sobre temas de direito civil deixados por Lacerda de Almeida.

- *Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais*, de autoria de Pedro Orlando. Autor de obras sobre direito comercial, questões trabalhistas e fiscais, Orlando é também autor do *Novíssimo Dicionário Jurídico Brasileiro*.

- *Nota Promissoria (estudos da lei, da doutrina e da jurisprudencia cambial brazileira)*, por Antonio Magarinos Torres. Advogado, catedrático e vice-diretor da Escola Superior de Comércio do Rio de Janeiro, juiz e presidente do Tribunal do Júri da então capital do país. Prolífico autor, escreveu sobre direito comercial, fiscal, penal e finanças.

Os dez livros dedicados ao Direito Penal incluem:

- *Tratado de Direito Penal allemão, prefácio e tradução de José Hygino Duarte Pereira*, de Franz von Liszt, jurista alemão, catedrático da Universidade de Berlim. A par, por si só, do elevado conceito do *Tratado*, quisemos, com a publicação, destacar o alto valor do prefácio de José Hygino, de indispensável leitura, que, por isso mesmo, ajusta-se à finalidade da coleção a respeito da história do direito brasileiro.

- *Lições de Direito Criminal*, de Braz Florentino Henriques de Souza, autor de trabalhos sobre Direito Civil e Criminal, designado membro da comissão encarregada de rever o Código Civil em 1865. *Lições de Direito Criminal* data de 1860.

- *Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal*, de Thomaz Alves Junior. Crítico do Código Penal de 1830, que considerava prolixo e casuístico, Thomaz Alves o analisa detidamente, historiando sua apresentação, discussão e aprovação. Desse modo, as *Anotações* iluminam os leitores do século XXI quanto ao pensamento dos legisladores brasileiros do Império e constituem leitura complementar à obra de Braz Florentino.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

- *Menores e loucos em Direito Criminal* e *Estudos de Direito*, de Tobias Barreto. Conhecido por sua poesia, Barreto era talvez mais jurista que poeta. Formou-se na Faculdade de Direito do Recife, da qual foi depois catedrático, tendo entre seus discípulos Clóvis Beviláqua, Graça Aranha e Sílvio Romero. Fizeram parte da denominada "Escola do Recife", que marcou o pensamento brasileiro (a propósito, entre outras, de Nelson Saldanha, *A Escola do Recife*, 1976 e 1978, e, de Miguel Reale, *O Culturalismo da Escola do Recife*, de 1956). Tobias foi um inovador; lutou incessantemente contra a estreiteza do ambiente cultural então imperante no Brasil.
- *Codigo Criminal do Imperio do Brazil annotado*, por Antonio Luiz Ferreira Tinôco. O Código do Império, reconhecido como "obra legislativa realmente honrosa para a cultura jurídica nacional" (Aníbal Bruno), filiava-se à corrente dos criadores do Direito Penal liberal (entre eles, Romagnoni e Bentham); admiravam-lhe a clareza e a concisão, entre tantos outros juristas, Vicente de Azevedo e Jiménez de Asúa, por exemplo. "Independente e autônomo, efetivamente nacional e próprio" (Edgard Costa), foi o inspirador do Código Penal espanhol de 1848 (Basileu Garcia e Frederico Marques). Acolheu a pena de morte, é certo, mas D. Pedro II passou a comutá-la em galés perpétuas após a ocorrência de um erro judiciário, ao que se conta. Segundo Hamilton Carvalhido, a obra de Tinôco "nos garante uma segura visão da realidade penal no último quartel do século XIX".
- *Codigo Penal commentado, theorica e praticamente*, de João Vieira de Araujo. Abolida a escravidão, Nabuco apresentou projeto, que nem chegou a ser discutido, para autorizar a adaptação das leis penais à nova situação. Sobreveio, logo após, o Código Penal de 1890, cuja elaboração fora cometida ao Conselheiro Baptista Pereira. O Código receberia várias críticas. Em 1893, Vieira de Araújo apresentou à Câmara dos Deputados projeto de um Código, sem êxito; logo depois, apresentava outro esboço, também sem sucesso.
- *Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, por Oscar de Macedo Soares. Diplomado em Direito pela Faculdade do Largo São Francisco, foi jornalista, secretário das províncias de Alagoas e Ceará, político conservador, advogado e autor de várias obras de Direito.
- *Direito Penal brazileiro (segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia)*, de Galdino

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Siqueira. Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e autor de livros sobre Direito Penal, em 1930 Siqueira foi incumbido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores de redigir um anteprojeto de Código de Processo Civil. Em 1917 tinha participado, pela acusação, no julgamento do assassinato de Pinheiro Machado.
- *Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*, de Antonio José da Costa e Silva, livro que antecedeu a preparação, em 1938, do projeto de Código Criminal encomendado por Francisco Campos a Alcântara Machado. Costa e Silva participou da comissão revisora do projeto, a qual contava com luminares como Nelson Hungria e Roberto Lyra e cujo resultado foi o Código Penal de 1940.

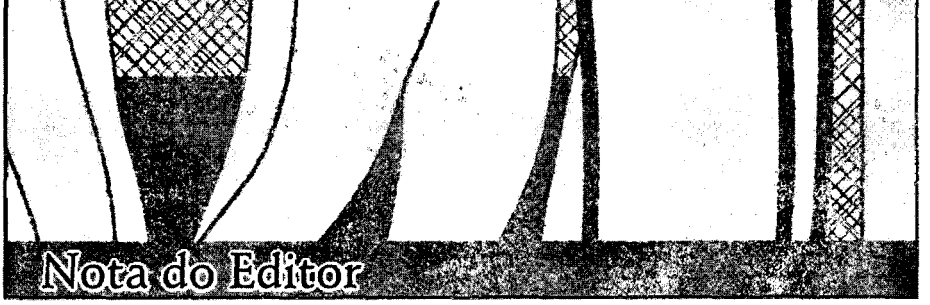
O leitor pode compreender, em face do que precede, a relevância da iniciativa tomada conjuntamente pelo Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Como país jovem, na afoiteza de perseguir os objetivos de progresso e desenvolvimento, às vezes nos temos descuidado do passado cultural, sacrificando-o erradamente, ao confundir o que é antigo com o que é obsoleto. Almejo que a publicação da *História do Direito Brasileiro* concorra para remediar ótica tão equivocada, porque, nas palavras de Ginoulhiac em sua *Histoire générale du droit français*, "Ce n'est pas seulement dans la suite des faits, des evénéments, que consiste l'histoire d'un peuple; mais encore, mais surtout, dans le développement de ses institutions et de ses lois."

Ministro Nilson Naves
Presidente do Superior Tribunal de Justiça

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br



Nota do Editor

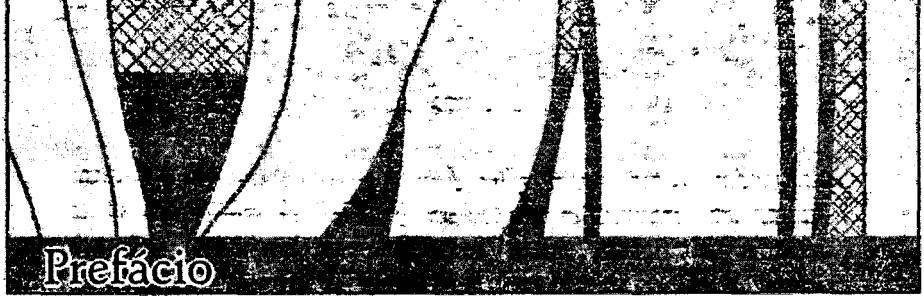
O Superior Tribunal de Justiça e o Senado Federal estão reeditando alguns dos títulos essenciais da literatura jurídica brasileira. A Coleção *História do Direito Brasileiro*, com títulos de direito civil e penal, deverá ocupar um lugar importante nas bibliotecas de magistrados, advogados e estudiosos de direito.

Esta coleção se insere no programa editorial do Senado, que se destina ao desenvolvimento da cultura, à preservação de nosso patrimônio histórico e à aproximação do cidadão com o poder legislativo.

Senador José Sarney
Presidente do Conselho Editorial do Senado Federal

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br



Prefácio

A oportuna reedição da principal obra do admirável jurista Costa e Silva, felizmente, mostra a fragilidade do referencial ironicamente exposto por Shakespeare de que *"there's hope a great man's memory may outlive his life half a year"*.

Pertencente a uma geração de doutrinadores dotados de invejável cultura humanística, Costa e Silva ali se destacou, também, pelo extraordinário conhecimento jurídico, sendo considerado, praticamente à unanimidade, o pai de nossa dogmática jurídico-penal.

Em conhecida conferência disse Nelson Hungria: *"Desde o primeiro momento, fixei, para esta minha conferência, o nome de quem se pode dizer que foi o mais apurado cultor da ciência jurídico-penal no Brasil: Antônio José da Costa e Silva. O que êle deixou escrito pode ser reconhecido como o summum culmen na bibliografia do direito penal pátrio. É obra de mestre, no mais lídimo sentido da expressão. É cristalização de um saber autêntico, que só se adquire pelo perseverante e ávido aproveitamento do tempo no estudo e na meditação. Costa e Silva teve a posse inteira do árduo e movediço terreno da ciência penal. Conhecia-o polegada a polegada, nos seus velhos estratos e nas suas aluviões, nos seus caminhos batidos e nas suas trilhas mais recentes, nas suas desconcertantes encruzilhadas e nos seus intricados meandros, nas suas torrentes borbulhosas e nos seus regatos sossegados. Tinha a visão aquilina do conjunto e dos pormenores. Nada escapava ao alcance da sua retina, à agilidade da sua percepção, à finura da sua análise, à sensibilidade do seu espírito científico. Versava com a mesma habilidade as soluções menos intranqüilas e as vexatae quaestiones, expondo-as com clareza e precisão, submetendo-as ao seu agudo senso de crítica, orientando-as no sentido da unidade sistemática, da impecável harmonia de que se deve revestir um corpo de doutrina.*

Ao contrário de muitos dos nossos escritores de direito penal, jamais abstraiu ou ladeou os problemas difíceis ou ingratos: defrontava-os com serena bravura e segurava-os firmemente pelas guampas. Não era um repetidor servil de idéias alheias, importadas do Velho Mundo ou da América do Norte. Comentando o direito penal brasileiro, não fazia caso omisso do

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

seu texto, para trasladar teorias e conceitos formulados em face de Códigos alienígenas. Seus livros encerram a mais perfeita construção técnico-jurídica do nosso verdadeiro jus positum em matéria penal.

Havia em Costa e Silva, expositor admirável, um traço indicativo da genuína sabedoria: o amor à síntese. Não empregava o estilo copioso dos simuladores de erudição. Sabia gizar o exato contôrno das questões, e resolvia-as com palhetadas magistrais. Nos seus períodos nítidos e escorreitos, sumàriamente persuasivos como dinheiro à vista, não havia a demasia de um só vocábulo, uma só derivação inútil.

Ninguém fêz tão superiormente, como êle, o comentário e a crítica do Código Penal de 90. Discorrendo sôbre a evolução do direito penal pátrio e assinalando a sua derradeira etapa a partir da discussão em tôrno do projeto Sá Pereira, já assim me pronunciei: '... foi por essa época que Antônio José da Costa e Silva, então ministro do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicou, para glória e orgulho da nossa cultura jurídica, o primeiro volume do seu 'Código Penal' (1930). Dir-se-ia que atingíramos o ponto culminante de gradativa ascensão. Pela fiel informação doutrinária, pela solidez e riqueza de ensinamentos, pela perfeição técnica, concisão e clareza de estilo, êsse livro foi, e continua sendo, a obra máxima do direito penal brasileiro. Atualizou conhecimentos, devassou distâncias, retificou caminhos, fixou certeiras diretrizes. Comparou o nosso direito ao de outros países e nos pôs em contato direto com a profunda cultura jurídico-penal da Alemanha de antes de Hitler, da qual tínhamos notícia, quase que exclusivamente, pela antiga versão do Tratado de Von Liszt por José Higino (cujo famoso prefácio, aliás, constitui, ainda hoje, uma das melhores páginas da nossa literatura penal). Só então nos refizemos da incerteza e insatisfação em que, sôbre vários problemas, nos deixavam os autores italianos, até ali reputados, no Brasil, mestres inexcedíveis da ciência penal. Só então pudemos verificar, não sem um certo desencanto, que os figurinos italianos, em que tão extàticamente nos inspirávamos, eram, por sua vez, em grande parte, inspirados e talhados nos riscos e moldes da alfaiataria alemã. A fonte limpa estava para além dos Alpes, alimentada pela mais penetrante sabedoria e o mais infatigável espírito de construção jurídica. O livro de Costa e Silva, cujo segundo tomo só veio a lume em 1938, foi o atestado inequívoco do quanto se elevara o nível da nossa cultura no campo da dogmática jurídico-penal. Realizou, em linhas esculturais, o mais perfeito trabalho de sistematização e doutrinação do nosso direito penal legislado.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Alheando-se radicalmente à estéril e anacrônica polêmica das escolas, cujo borralho fôra revolvido, entre nós, por efeito reflexo da celeuma provocada pelo malogrado projeto Ferri, apresentado ao govêrno italiano em 1921, Costa e Silva afirmava-se mestre insuperável na exposição técnico-jurídica dos princípios do Código de 90 e leis adicionais, no mesmo passo que, através de uma crítica superiormente esclarecida, arroteava as trilhas para um mais seguro e confiante empreendimento da reforma da nossa legislação penal'.

Foi, sem dúvida alguma, o mais bem informado dos nossos penalistas. Sempre atento às produções doutrinárias ou legislativas sôbre direito penal, não lhe passava despercebido o mais lêve ou longínquo tremor no solo da sua querida ciência." (In "Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores", ano 3, junho, 1945.) Na mesma linha, observou Aníbal Bruno acerca da obra ora reeditada: *"... que, lançada em moldes rigorosamente científicos, concisa, clara, serena, mobilizando a mais autorizada bibliografia, apresentava do nosso Direito uma sistematização e uma análise técnica ainda não superada, vindo a constituir o ponto mais alto da nossa produção na ciência do Direito Penal, confirmando o juízo que do seu autor já havia feito o eminente JIMÉNEZ DE ASÚA."* (In "Direito Penal", Parte Geral, Tomo I, p. 175.) Assim, por igual, Heleno C. Fragoso asseverou sobre o autor: *"...Perfeitamente informado das últimas contribuições doutrinárias, familiarizado com a obra dos autores alemães, Costa e Silva produziu trabalho de méritos excepcionais, conciso, sóbrio, tecnicamente bem estruturado, colocando-se como um dos melhores trabalhos da doutrina jurídico-penal brasileira de todos os tempos."* (In "Lições de Direito Penal", Parte Geral, p. 84.) O reconhecimento do seu extraordinário valor, cumpre sublinhar, foi destacado, mais de uma vez, fora de nossas fronteiras, por Luís Jiménez de Asúa, não só em carta ou no seu "Un Viaje al Brasil" mas também no "Tratado de Derecho Penal" (Tomo I, p. 1357, 3ª ed.).

Costa e Silva foi, sem dúvida, um doutrinador ímpar e, sabidamente, um paradigma como magistrado. No dizer de J. Frederico Marques: *"Magistrado que era, não lhe faltou oportunidade para melhor observar, através das tarefas forenses, o fluxo da vida e a incidência sobre ela da ordem normativo-penal. Os conhecimentos teóricos de que se abastecera com profusão nas doutrinas peregrinas dos autores mais renomados não lhe toldaram a visão poderosa do homem prático e arguto,*

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

sempre à escuta das ressonâncias e rumores que se agitam nos fatos sociais que o Direito deve disciplinar." (In "Tratado de Direito Penal", vol. I, pp. 141/142).

Portanto, num momento em que há um intenso intercâmbio de idéias no campo da ciência penal, não só ainda decorrente do finalismo mas, já agora, também do pós-finalismo, particularmente através das hodiernas colocações da doutrina alienígena, v.g., entre outros mestres, de C. Roxin, G. Jakobs e, recentemente, de E. R. Zaffaroni, a melhor compreensão da longa evolução histórica da nossa dogmática não pode ser alcançada sem passar pelo marco fundamental estabelecido por Costa e Silva.

Ministro *Felix Fischer*

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

CODIGO PENAL

DOS

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

(Dec. n. 847, de 11 de outubro de 1890)

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

CODIGO PENAL

DOS

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

COMMENTADO

PELO

DR. ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA
Ministro do Tribunal de Justiça de S. Paulo

VOLUME II

1938
COMPANHIA EDITORA NACIONAL
São Paulo — Rio de Janeiro — Recife — Porto Alegre

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

"...si la jurisprudencia es una necessidad indeclinable del derecho, el comentario cientifico es un utilisimo, un convenientisimo complemento de toda ley".

"Nuestro comentario explicará y jusgará".

PACHECO, *El codigo penal*, I, pags. LX e LXII.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

PREFACIO

Sae á luz da publicidade este segundo volume com a demora de alguns annos. Multiplos motivos para isso concorreram. Seria fastidioso enumerá-los. Foi um delles — quiçá o que mais preponderou — a espectativa em que, durante quasi todo esse tempo, viveu o autor — e não só elle, mas quantos se interessam pelo assumpto — da proxima promulgação do novo codigo penal. Os esforços empregados para que isso viesse a acontecer faziam alimentar a esperança de feliz resultado. Entre doutos e indoutos, dominava a convicção de que urgia substituir por outro, inspirado em idéas mais de accordo com as necessidades e os progressos da época que atravessamos, o de 1890, insistentemente criticado desde que entrara a vigorar.

O ultimo dos projectos elaborados — o do desembargador Sá Pereira — principalmente após a revisão da sub-commissão legislativa, parecia em condições de ser convertido em lei. O congresso, como se devia prever, não o approvaria sem lhe dar a derradeira demão, emendando-o onde isso se mostrasse necessario ou conveniente.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Era elle, em suas linhas geraes, obra vasada nos moldes mais modernos, na qual se revelava de forma inequivoca e brilhante o elevado nivel da cultura juridica brasileira. Teceram-lhe elogios quantos com elle se occuparam.

A' semelhança das legislações e dos projectos de feitura mais recente, repousava elle no duplo alicerce da pena e da medida de segurança ou protecção, o dualismo (a Zweispurigkeit *dos allemães) que nos traz á memoria o nome immorredouro de Stooss. O seu systema penal — a espinha dorsal de um codigo dessa natureza (como já se disse) — se inspirava nos melhores ensinamentos da actual penologia. O regime cellular, se não fôra banido inteiramente, se reduzia a quasi nada — ao periodo inicial, não excedente de nove mezes, da pena privativa da liberdade mais grave, a de prisão. Para os delinquentes primarios e para os que commettessem o crime sem ser por motivos vís, estabelecia uma especie de* custodia honesta, *sob o nome de detenção. A multa era regulada pelo criterio da capacidade de pagamento, outorgando-se ao juiz a faculdade de permitti-lo em parcellas e em prazos razoaveis. Como penas novas appareciam o exilio local e a publicação da sentença. O confisco autonomo (sem condemnação) tambem ahi se*

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

encontrava. Para os delinquentes por indole ou reincidentes que praticassem novo crime commum, punido com prisão por mais de cinco annos, creava a relegação condicional, de duração relativamente indeterminada, a ser cumprida em colonias penaes, installadas em ilhas ou logares afastados das cidades ou povoações.

Aos applicadores da lei, para a fixação da medida da pena, se concedia, de conformidade com a idéa hoje por toda parte vencedora, a maior amplitude. Desapparecia o temor do arbitrio judicial. Este podia ir até ao extremo de, em casos levissimos, punidos com multa ou detenção por menos de um mez, não impôr pena alguma. O archaico methodo dos gráus foi completamente abolido.

Com as medidas de segurança e protecção se occupava todo o derradeiro capitulo da parte geral. Dividiam-se ellas em patrimoniaes e pessoaes. Estas, por seu turno, se bipartiam em detentivas e não detentivas. As primeiras consistiam no internamento dos individuos inimputaveis perigosos, dos imputaveis de responsabilidade restricta e dos incorrigiveis ou profissionaes em logares ou estabelecimentos especiaes (manicomio judiciario, casa de tratamento e custodia, reformatorio judiciario, colonia agricola ou casa de trabalho), por tempo determinado ou não. As segundas, na liberdade vigiada e na prohi-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

bição de frequentar certos logares. Como medida patrimonial mencionava o projecto a caução de bôa conducta. Todo este capitulo, destinado á prevenção dos crimes, vinha preencher uma immensa lacuna do nosso direito.

A parte especial, que se abria com as normas concernentes ao homicidio, definia diversas figuras criminosas ignoradas da nossa lei, como a do homicidio preterintencional, a da rixa, a da receptação, a da gestão desleal, e outras mais. Ficara propositadamente no olvido a de adulterio — o delicto politico da familia, na phrase de Ferri.

No livro segundo eram tratadas, com o maior desenvolvimento, as contravenções. Preliminarmente, se consignavam as regras, de indole generica, que lhes seriam applicaveis.

Não teve o autor desse notavel projecto a ventura, que tanto almejara, de vê-lo sanccionado e posto em execução. Em compensação, não passou pelos provaveis dissabores que o futuro lhe reservava. O exemplo de Feuerbach é instructivo. Entre nós, bem desilludido devia ter ficado Baptista Pereira com a applicação que deram ao seu codigo.

Inaugurado o regime de governo sob o qual ora nos achamos, tomaram novo rumo os trabalhos da reforma

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

de nossa antiquada lei penal. Pelo que divulgaram bem informados orgams da imprensa diaria, foi a delicada e, mais do que nunca, ardua tarefa da elaboração do nosso vindouro codigo criminal confiada á reconhecida competencia de um dos mestres mais afamados da alma mater *de S. Paulo — o dr. Alcantara Machado. Dessa escolha só se póde fallar com incondicionaes louvores. Não possue a disciplina do direito criminal, em nosso país, mais brilhante cultor do que o eminente cathedratico de medicina legal de nossa academia de direito. Jurista insigne, é s. exa. tambem primoroso homem de letras. Isso garante ao novo codigo uma qualidade rara em nossas leis — a de ser bem escripto. Um codigo não precisa ser redigido com elegancia; mas, se o fôr, com isso só terá que lucrar.* [1]).

Tudo induz a acreditar que s. exa. não se contentará em perfilhar o projecto já existente, modificando-o parcialmente, em um ou outro ponto, de mais ou menos relevancia. De suas mãos sairá mui provavelmente um outro, de cunho proprio, no qual se hão de reflectir for-

---

1) Com razão diz Gleispach (*Der deut. Strafgesetzentw.*, pag. 184) que a linguagem do legislador deve ser, não só simples, clara e concisa, mas tambem, tanto quanto possivel, bella — *soweit moeglich, auch schoen.*

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

çosamente as idéas anti-individualistas do actual momento politico. E' indisputavel que o direito penal depende intimamente da forma organica do Estado. Com razão falla Siegert na condicionalidade politica desse direito. O nosso Estado novo precisa de um codigo penal á sua imagem e semelhança.

Empreza de tamanha envergadura e de tanta responsabilidade exige, para ser levada a cabo, vagar e perseverança. Realizada apressadamente, não poderá ter duração. O tempo não respeita aquillo que sem elle se faz.

Foi assim pensando que resolvemos entregar ao prélo a continuação dos nossos modestos commentarios ao codigo vigente. Se precisassemos defini-los, não poderiamos fazê-lo melhor do que dizendo que elles constituem uma serie de pequenas monographias. Nellas encontrará o leitor, se familiarizado com o assumpto, não pouco que relembrar; se, ao envez, hospede nelle, bastante que aprender.

A' critica, que tão benevola se mostrou para com o volume anterior, os sinceros agradecimentos do

AUTOR.

São Paulo, fevereiro de 1938.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

TITULO V

DAS PENAS E SEUS EFFEITOS; DA SUA APPLICAÇÃO E MODO DE EXECUÇÃO

Art. 43 — As penas estabelecidas neste codigo são as seguintes:

a) prisão cellular;

b) banimento;

c) reclusão;

d) prisão com trabalho obrigatorio;

e) prisão disciplinar;

f) interdicção;

g) suspensão e perda de emprego publico, com ou sem inhabilitação para exercer outro;

h) multa.

I — E' o delicto uma aggressão que lésa ou põe em perigo bens juridicos do individuo, da sociedade ou do Estado. A pena, uma violação (privação ou diminuição) de bens juridicos do delinquente. [1]).

---

1) Grispigni, em seu *Corso di Diritto Penale*, pag. 140, apresenta a seguinte definição, assás completa: "è la diminuizione di uno o più beni giuridici, da inflingersi da appositi organi giurisdizionali all'autore di un illecito giuridico (reato), la quale diminuzione non consiste mai nell'esecuzione coatta del precetto primario della norma, è invece il mezzo con cui si combatte il pericolo di nuove infrazioni sia da parte della generalitá dei sudditi sia da parte dell'autore dell'illecito".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Desde Protágoras [2]) até hoje, a razão por que a sociedade, juridicamente organisada, responde ao mal do delicto com a ameaça e consequente imposição do mal da pena, tortura philosophos e juristas.

Dahi, as innumeras teorias.

Costumam separá-las em tres classes: — teorias absolutas (*punitur quia peccatum est*), relativas (*punitur postquam peccatum est, ne peccetur*) e eclecticas ou mixtas. Estas são as que contam, em nosso tempo, maior numero de adeptos — uma esmagadora maioria, e têm inspirado as legislações dos mais diversos povos.

A pena é, de sua natureza retributiva. [3]). Tem-se negado ou posto em duvida a verdade de semelhante asserto; mas sempre em vão. [4]). Nessa qualidade, deve a pena conservar certa relação de proporcionalidade com

---

A pena é para quem a soffre um damno juridico, um mal. O individuo totalmente privado de bens juridicos não póde ser punido. O que não possue certos bens dessa especie, *exempli gratia* patrimoniaes, é, pelo menos, inaccessivel a determinadas penas. Nesse caso, a pena só póde recahir em outros, por exemplo, a liberdade. Os criminalistas allemães partidarios do nacional-socialismo se revoltam contra a doutrina que considera o crime como violação de bens juridicos. Schaffstein, um dos mais calorosos, affirma que ella não é mais do que "ein carakteristiches Produkt des Staatsideologie des klassischen Liberalismus (*Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin, 1935, pag. 9)".

2) Este philosopho, que viveu de 480 a 411 antes de Christo, foi quem primeiro formulou uma teoria scientifica do direito punitivo ou da pena. Não ha ponto de vista que nelle já se não ache indicado (Menzel, *Zeitschrift fuer Strafr.*, 1910, p. 391).

3) E' de Max Ernst Mayer, *Der allgem. Teil des deut. Strafr.*, pag. 423, a seguinte asserção: "A retribuição é a alma de todas as penas e do direito penal de todos os tempos".

4) Hafter, no livro *Per il Cinquantanario della "Rivista Penale"*, pag. 231, escreveu com razão: "La pena è l'inflizione di un male. Il suo carattere — non lo scopo — è la giusta retribuzione. Tutti gli sperimenti per negare ciò sono falliti". A retribuição (como a comprehendem as teorias modernas) não é incompativel com os fins utilitarios da pena. Por assim não haverem entendido, contrapõem os positivistas (com Ferri á frente) a pena-castigo á pena-defesa e á pena-educação. O problema da

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

o delicto. E' uma relação de valores, socialmente considerados. [5]).

Outróra, essa relação era estabelecida, tendo-se em vista a importancia da lesão ou periclitação produzida pelo delinquente. Na actualidade, ella se funda sobretudo na culpabilidade do agente, manifestada no procedimento delictuoso.

Cumpre não confundir, como frequentemente se faz, a essencia da pena, que consiste na retribuição do mal causado, com a sua finalidade. Visa a pena assegurar a existencia da ordem juridica, impedindo a pratica de crimes, por meio da prevenção, que se distingue em prevenção geral e prevenção especial.

A ameaça da pena, sua subsequente imposição (no caso de ser o delicto commettido) e sua execução servem de advertencia e intimidação á generalidade dos membros da communhão social. Um sem numero de individuos se abstem de executar designios criminosos, de praticar acções puniveis simplesmente pelo temor da sancção penal. Na coacção psychologica resultante dessa intimidação viu Feuerbach o unico fim da pena. Esse exclusivismo encontrou no codigo bavaro de 1813 sua mais completa consagração; mas foi precisamente elle que mais prejudicou essa grandiosa obra legislativa.

A prevenção especial se destina a impedir a pratica de novos crimes pelo mesmo delinquente. Este resultado

---

natureza retributiva da pena tem sido profundamente estudado pelos criminalistas allemães. Recommendam-se especialmente a quantos se interessam pela questão: Merkel, *Vergeltungsidee und Zweckgedanke*, nas *Gesammelte Abhandlungen*, II, 687 e segs.; Frank, *Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe* e v. Hippel, *Deut. Strafrecht*, I, § 22, G.

5) E. Mezger, *Strafrecht*, § 72; A. Merkel, *Lehrbuch*, § 69 e segs.; v. Hippel, *Ob. cit.*, § 22, 4.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

ella procura consegui-lo pela emenda, intimidação ou inocuidade do individuo. Esses fins variam e se apresentam isoladamente ou em combinação. A prevenção especial exige a individualisação da pena. Esta póde ser legal, judiciaria ou administrativa.

Em regra, coexistem as duas especies de prevenção. Póde acontecer, todavia, que a especial exija sancção maior ou menor do que a reclamada pela simples prevenção geral. A antithese, quando occorra, deve ser resolvida pela prevalencia da que fôr mais efficaz. E' difficil praticamente graduar essa efficacia. Grispigni acha mais logico dar predominancia á prevenção especial. Mas reconhece que em certos casos, excepcionalmente, póde a geral se apresentar revestida de maior importancia. Assim — exemplifica elle — quando o legislador procura impedir, com a ameaça da pena, que um facto ainda não *sentido* pela maioria como socialmente reprovavel venha a se verificar. Mezger assevera que a prevenção geral é, em ultima analyse, a mais importante e decisiva tarefa de todo o direito punitivo. Exner lamenta que o valor da prevenção geral não seja devidamente apreciado na literatura desse direito.

A idéa dessa prevenção, não sendo bem comprehendida, póde dar logar á adopção de penas excessivamente rigorosas. Descobrirão alguns, nesse rigor, maior efficacia intimidativa e, por conseguinte, preventiva. Isso, porém, será grave erro. Como acertadamente observou v. Hippel, as penas em extremo severas, tornando-se irritantes, prejudicam o objectivo da intimidação.

A vida, a integridade corporea, a liberdade, a honra, o patrimonio, a capacidade juridica, são os bens do delinquente em que a pena recae. A pena de morte, que, apesar de soffrer terrivel campanha, não poucos codigos conservam, para casos de extraordinaria gravidade, priva

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

o condemnado do bem supremo da existencia. [6]). As penas corporaes, empregadas até hoje, embora em limites bem estreitos, em alguns países, violam-lhe a incolumi-

---

6) São sobejamente conhecidos os argumentos pró e contra a pena de morte. Na phrase de recente monographista italiano, elles "son divenuti propri anche della sapienza volgare". O principal argumento dos que se batem pela sua adopção, onde ella não existe, ou pela sua manutenção, onde ella já se acha em vigor, é a sua efficacia intimidativa. Por essa qualidade, elles a reputam necessaria á defesa da sociedade. O mais ponderoso argumento trazido á discussão pelos adversarios dessa pena é a sua absoluta irreparabilidade. Este vicio, que passou despercebido ao iniciador do movimento abolicionista, Cesare Bonesano di Beccaria (1738-1794), é considerado, só por si, motivo sufficiente, deante da fallibilidade humana, para que ella seja repudiada.

Os abolicionistas negam que a pena ultima tenha realmente a especial efficacia intimidativa que seus defensores lhe attribuem. E se esforçam por demonstrar a procedencia dessa opinião com dados estatisticos, colhidos em diversos países e em tempos differentes. Esses dados põem em evidencia — asseveram elles — que o numero de crimes punidos com esse castigo extremo não diminue onde elle é introduzido ou conservado e não aumenta onde elle não existe ou não é applicado. Thyrén, *Prinzipien*, pag. 110; Liepmann, *Die Todesstraf*, Berlin, 1912; e Roy Calvert, *Capital Punishment in the Twentieth Century*, Londres, 1930, para não citarmos senão tres dos mais notaveis, examinando e comparando estatisticas, concluiram nesse sentido. Vejam-se mais: Zurkulen, *Todesstraf und Kriminalstatistik*, na *Zeitschrift*, de v. Liszt, vol. 4, pag. 652 e Roy Calvert, *The death penality inquiry: being a review of the evidence before the selected committee on capital punishment*, Londres, 1931.

A pena de morte tem, na verdade, como medida de prevenção geral, efficacia da qual com razão se póde duvidar. Os grandes criminosos, para os quaes é ella decretada ou propugnada, são caracteristicamente imprevidentes: pouco se preoccupam com as consequencias penaes do facto que praticam ou, temerariamente, imaginam que as evitarão. Não é acreditavel, pois, que sobre elles possa essa pena exercer o desejado influxo; os passionaes não reflectem, conseguintemente não podem fazer o cotejo entre os motivos que os impulsionam e o ultimo supplicio com que são ameaçados; os profissionaes encaram a pena como o risco da profissão; os exaltados ou fanaticos não se atemorizam, sacrificam-se abnegadamente ao triumpho de seus ideaes.

Quanto a esta derradeira classe, a historia está repleta de exemplos que mostram a improficuidade dos mais atrozes castigos. O que se tem feito com os regicidas chega por vezes aos extremos da mais requintada crueldade. Apesar disso, contam-se por dezenas os attentados contra soberanos.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Contestam tambem os abolicionistas o valor da pena de morte como medida de prevenção especial. E assim argumentam: não ha duvida que ella torna o delinquente incapaz de perpetrar novos crimes; mas esse resultado póde muito bem ser conseguido por outros meios menos deshumanos e repugnantes, como, exemplificando, a prisão perpetua.

Replicam os partidarios da pena ultima que a irreparabilidade tambem se verifica em relação a outras penas. Que os erros judiciarios, mórmente em nosso tempo, com o progresso alcançado pela administração da justiça, são factos raros. Por seu turno, respondem os abolicionistas que a irreparabilidade de outras penas é meramente relativa. E que os erros judiciarios são mais frequentes do que os antagonistas suppõem.

Entre os modernos sustentadores da pena capital figura, destacadamente, o criminologista Garofalo. A seu ver, constitue ella o meio mais adequado á selecção artificial que a sociedade deve realizar, eliminando de seu seio os inadaptaveis. A proposito observou Ferri que, como meio de selecção artificial, a pena de morte só poderia produzir resultados beneficos se applicada em larga escala, mas que isso seria intoleravel deante da progressiva dulcificação dos costumes: nenhum povo supportaria as hecatombes de outras épocas. Allegou-se tambem contra a opinião do autor da *Criminologia* que outros meios existem, menos deshumanos e barbaros, para a pretendida selecção. A isso revidou o mesmo criminalista, nos ultimos tempos de sua vida, rigida e aristocratica, que a maioria dos delinquentes ou daquelles que tinham tendencia para o crime só com a ameaça da morte se deixava atemorizar. Que certos delinquentes, inassimilaveis, deviam ser privados de todas as vantagens da convivencia social. Que a prisão só em parte lhes tirava o goso de taes vantagens. Que o unico meio de eliminar inteiramente o individuo criminoso do seio da sociedade era a pena ultima (*Scuola positiva*, 1933, pag. 481 e segs.).

Muitos positivistas — a maioria, se não laboramos em erro — são decididamente infensos á pena de morte. Berenini, um delles, escrevendo o parecer da Universidade de Parma sobre o projecto Rocco, assim se exprimiu: "Nego o, meglio, mi rifiuto di ammettere l'efficacia intimidatrice della pena di morte perchè mi ribello all'idéa che un uomo, per quanto sia grave il suo delitto, possa essere ucciso al fine — mera illuzione — che il suo corpo penzolante dalla forca atterisca i mali intenzionati, sino al trattenerli dal commettere uguale o somigliante delitto". Florian, outro afamado representante dessa escola, pondera que só a circumstancia de ser a pena de morte irreparavel é bastante para que a repulsemos. Elle acha a possibilidade de uma condemnação injusta "argomento formidabile e decisivo, tale da fugare i passati ed i nuovi dubbi (*Trattato*, II, ns. 651 e 654)". E' sabido que Lombroso, partidario da pena de morte no *Uomo delinquente*, se externou posteriormente (*Scuola positiva*, 1906, pag. 575) favoravel á extincção desse barbaro castigo.

Deante do dissidio que se nos depara nas obras dos criminalistas, nossa opinião é que, para livrar-se dos delinquentes, ainda

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

daquelles que mais perigos offerecem, não necessita a sociedade de sacrificar a vida alheia, sendo assim a primeira a dar o deploravel exemplo de menosprezo ao bem supremo da existencia. Fazemos nossas as judiciosas palavras de um insigne escriptor espanhol: "En las pasadas edades cuando no se disponia, como hoy, de una organización penitenciaria más o menos perfecta, no es de extrañar que la última pena fuese el único medio de eliminación de los grandes criminales. Mas hoy cuando en todas partes, en todos los países, existe un crecido número de establecimientos penales, la sociedad puede defenderse de los grandes delincuentes, sin derramar sangre, recluyéndolos, indefinidamente, mientras no dejen de constituir un peligro para los demás. Si no intimida, como implícitamente se reconoce al decretar su ejecución de modo clandestino y vergonzoso, dentro de los muros de la prisión, si presenta el formidable peligro de la irreparabilidad en el caso muy posible de error judicial, sustituyámosla por otro medio de defensa social más humano, de igual o mayor eficacia protectora, y exento de tantos peligros".

Reconhecem Thyrén, Ferri, Calón e outros, embora abolicionistas, que em circumstancias anormaes e especialissimas póde a sociedade lançar mão desse meio extremo de defesa. Em taes casos, como se tem observado, não se trata mais de repressão penal, propriamente dita.

A historia nos mostra que a pena de morte tende constantemente a ser abrandada, restringida ou abolida. Na edade media, era ella a pena ordinaria dos delictos graves (e como taes se reputavam até os contra a propriedade ou a religião). A severidade do direito penal dessa época se patenteia sobretudo na maneira como era essa pena executada. Expedientes os mais crueis se empregavam, como o enterramento do delinquente ainda vivo, o esquartejamento, o vivicomburio e outros semelhantes. A descripção dos horriveis tormentos a que foram submettidos innumeros condemnados nos enche o espirito de espanto e de tristeza.

Foi contra essas revoltantes crueldades que se levantaram as vozes de Sonnenfels, Beccaria e dos philosophos francêses (nomeadamente Voltaire). Duas correntes se formaram: uma que pugnava pela abolição completa dessa especie de pena; outra que a julgava necessaria, mas pleiteava tão sómente seu emprego em limites mais restrictos e sem as aggravações até então em voga.

Coube ao grão-duque Pedro Leopoldo, da Toscana, a gloria de haver em primeiro logar acolhido legislativamente a idéa da suppressão da pena de morte (cod. crim. de 30 de novembro de 1786). O periodo em que essa suppressão esteve em vigor, porém, foi bem curto. Em 1790, era essa barbara pena restabelecida para crimes contra o Estado; e, em 1795, governando Fernando III, tambem para certos crimes communs. O mesmo aconteceu na Austria. Abolida pelo codigo josephino (1787), foi a pena de morte de novo introduzida em 1795 para o crime de alta traição; encontrando mais ampla applicação no codigo de 1803. Ahi, no § 43, se vedava qualquer aggravação dessa pena.

A constituinte francêsa, provocada por uma proposta de Lepeletier de Saint-Fargeau (22 e 23 de maio de 1791) se occupou

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

desse meio extremo de punição, resolvendo, por quasi unanimidade, que elle seria mantido. Mas o codigo penal desse anno reduziu-lhe muitissimo a applicação. Os casos em que isso se poderia dar ficaram limitados a 32. Anteriormente, eram elles em numero de 115! A lei de 28 de setembro do mencionado anno, no louvavel intuito de pôr paradeiro ás crueldades com que era executada a pena ultima, estabeleceu que ella "ne serait plus que la simple privation de la vie". O codigo de 1810 elevou a 39 o numero dos alludidos casos; e deixou sobreviver uma reminiscencia das antigas aggravações: ao parricida devia ser cortada a mão direita (art. 13). A lei de 1832 supprimiu 9 desses casos; e, creando o instituto das circumstancias attenuantes genericas, permittiu a substituição da pena de morte por trabalhos forçados, perpetuos ou temporarios. Pela Constituição de 1848 foi essa pena abolida em materia politica. Actualmente, são apenas 12 os casos em que é ella empregada. Em virtude de reconhecimento de attenuantes, poucas vezes têm os tribunaes occasião de impô-la. A clemencia do poder executivo — a graça do chefe do Estado — frequentemente lhe afasta a execução. Varios projectos de abolição tem sido apresentados á camara dos deputados, mas improficuamente. Nos projectos de reforma continua a figurar a pena de morte. As estatisticas mostram que, nos annos seguintes á terminação da grande guerra, principalmente no periodo de 1920 a 1923, inclusive, houve sensivel aumento de condemnações a essa pena. No triennio de 1929 a 1931 ellas baixaram grandemente. As execuções foram sempre em proporção bastante reduzida. No ultimo dos mencionados annos, das 20 sentenças de morte pronunciadas, sómente 4 foram executadas (*Handwoerterbuch d. Kriminologie*, s. v. *Todesstrafe*).

A Belgica, tendo conseguido tornar-se independente em 1830, na sua constituição, desse mesmo anno, determinou a revisão do codigo que até então vigorava, o codigo francês de 1810. Em 1867 promulgava ella seu codigo, modelado pelo anterior, mas de maior benignidade — "obra de optimismo e de humanidade, de esperança e de fé na perfectibilidade do homem", como disse Prins. A pena capital foi conservada, mas sómente em relação a seis figuras criminosas. Desde 1864, apenas uma vez, durante a guerra mundial, teve ella applicação.

Na Hollanda, de 1811 até 1881, esteve em vigor o codigo francês. Em 1870, foi extincta a pena de morte, que não mais appareceu na legislação desse país. Consoante a informação de van der Aa, (*Monatschrift*, de Aschaffenburg, 1929, pag. 385), a questão referente a essa pena constitue ahi *res judicata*, está definitivamente decidida. Os projectos de reforma (1900 e 1904) não pensaram em alterar a situação existente. No codigo para a India (1905) se encontra a pena de morte, mas restricta a poucos casos e em alternatividade com a de prisão perpetua ou temporaria. Execuções são muito raras. O espirito das populações indigenas explica, segundo o escriptor citado, a necessidade desse meio de punição.

Na Dinamarca, pelo antigo codigo (1866), a pena de morte era comminada, de modo absoluto ou alternativo, nos casos graves de traição e homicidio. A lei de 1 de abril de 1894, concernente

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

ao abuso de materias explosivas, creou mais alguns (§§ 168, 170, 280 e 281). No longo periodo de sessenta annos (1871-1931), apenas 61 sentenças de morte foram pronunciadas. Pouquissimas as execuções. No codigo ultimamente promulgado não mais se nos depara essa pena. Uma proposta no sentido de que ella continuasse a vigorar foi regeitada no Volksthing, por 96 votos contra 45, e, no Landsthing, por 42 contra 26 (*Monatschrift* cit., 1930, pag. 544).

A Suecia, cujo codigo, de 1864, conservava, embora sem as antigas aggravações, a pena capital, a aboliu pela lei de 3 de junho de 1921. As estatisticas, assás completas, demonstram a constante diminuição do emprego desse barbaro meio punitivo. Nos ultimos dez annos nenhuma vez fora ella applicada.

De conformidade com a lista organizada por Mittermaier, em appendice á exposição de motivos do projecto allemão de 1927, além dos países que já indicamos, não têm a pena de morte: a Argentina (cod. de 30 de setembro de 1921), o Uruguay (lei de 1907), o Brasil (11 de outubro de 1890), a Colombia (31 de outubro de 1910), Costa Rica (27 de abril de 1880), o Equador (constituição de 1906), Guatemala (15 de fevereiro de 1889), Honduras (constituição de 1894), Nicaragua (10 de dezembro de 1893), Perú (27 de julho de 1924), Portugal (1 de julho de 1867), Rumania (30 de outubro de 1864), S. Marinho (desde o codigo de 1865) e Venezuela (codigo de 1873). O Mexico, em seu codigo de 1929, não incluiu a pena de morte. Tem-na o Paraguay; mas, pelo que nos informa Teodosio Gonsalez, ha mais de 30 annos que alli não se presencia uma execução capital (*Derecho Penal*, Assunción, 1928, vol. I, pag. 238).

A Inglaterra parece que caminha para a abolição. Da primeira metade do seculo XIII até o anno de 1827, foi a pena de morte o castigo ordinario das *treasons* e *felonies*. No reinado de Henrique VIII (1491-1547), executaram-se 72.000 criminosos ou, em media, 1900 por anno. No da rainha Izabel (1533-1603), essa media baixou para 400. Até 1780 havia nesse país 240 figuras delictuosas punidas com a pena ultima (v. Holtzendorff, *Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe*, pag. 135). Esse numero desceu, no começo do seculo XIX, a 160. E pouco a pouco, por leis especiaes, se restringiu cada vez mais. O *Criminal law consolidation act*, de 1861, reduziu a 4 ou 5 os casos passiveis dessa pena: alta traição, homicidio, pirataria com violencia e destruição de portos e arsenaes. Desde 1838 só uma sentença condemnatoria pelo primeiro desses crimes se pronunciou e executou. O paciente foi sir Roger Casement, em 1917. Todas as outras foram por homicidio. Em 1868 deixou a execução de ser publica. O *Children act* acabou com a pena capital relativamente aos reus de menos de 16 annos. O *Infanticide act* excluiu dessa pena a mulher que causasse a morte do recem-nascido, se se tivesse achado em estado pathologico em seguida ao parto. A partir de 1866, poz-se á testa do movimento abolicionista a *Howard Association*. No parlamento appareceram, por vezes, propostas de abolição, mas sem resultado. A *Law of murder amendement* (14 de julho de 1908) distinguiu no *murder*, cujo conceito era muito amplo, duas classes, sendo a

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

pena capital reservada para o *murder of the first degree*, o homicidio *"deliberately committed with express malice afore thougt"*. O projecto de codigo penal elaborado por James Stephen (1879) mantinha a pena de morte, que devia ser executada dentro da prisão, como já prescrevia o *Capital punishment amendement act* de 1868. Em 1929, a Camara dos Communs nomeou uma commissão para estudar a questão da pena de morte. Essa commissão ouviu a opinião de pessôas competentes, não só nacionais como estrangeiras, e concluiu que tal pena podia ser eliminada da legislação inglêsa, sem perigo para a vida e bens dos particulares e sem perturbar a segurança social. Ella relembrou as palavras de Victor Hugo: "Não se acredite que a ordem social desappareça com o cadafalso; o edificio social não se abalará por falta deste odioso ponto de apoio". Veja-se *Report from the selected Committee on Capital punishment*, Londres, 1930. Um dos mais estrenuos propugnadores da idéa da abolição, nesse país, é E. Roy Calvert, no livro que atrás citamos. Dá-nos elle noticia que em Queenslandia não mais existe a pena de morte.

Na Allemanha vigorou até o começo do seculo XIX a constituição criminal de Carlos V, que impunha essa pena aos crimes de maior gravidade, considerando-se como taes alguns que modernamente não têm sinão importancia secundaria. A execução se effectuava de varios modos, cabendo muitas vezes ao juiz a respectiva escolha. As legislações e os costumes territoriaes, especialmente desde o seculo XVII, foram modificando e abrandando o excessivo rigor desse codigo. Mas um periodo sobreveio, do fim desse seculo ao começo do seguinte, em que se voltou á antiga crueldade. O *Codex Juris Bavari* (1751) é genuino representante desse retrocesso.

Profunda transformação se operou com o codigo bavaro de 1813. A pena de morte nelle foi mantida, mas supprimiram-se as qualificações e aggravações. A decapitação era o unico meio de execução. A legislação posterior dos Estados allemães não excluiu a dita pena, mas tornou mais estreita a esphera de sua applicação. Em alguns desses Estados se tentou, sempre improficuamente, extinguí-la. Só em 1848 a assembléa nacional de Frankfort, definindo os direitos fundamentaes do povo allemão, adoptou-lhe a suppressão. Isso não impediu que em alguns Estados (como a Prussia, a Baviera, o Hannover) se persistisse em fazer uso desse meio de punição. As resoluções da mencionada assembléa tiveram vida ephemera. Revogadas, volvidos tres annos, retrogradou a maioria dos Estados á situação anterior, ligeiramente modificada.

Em 1870, quando se tratou da elaboração de um codigo para a Confederação germanica do Norte, sómente tres Estado (Oldenburg, Anhalt e Bremen) não tinham a pena de morte. Constituiu ella thema de acaloradas disputas. Na segunda leitura do projecto, apesar de famoso discurso do chanceller Bismarck, supprimiu-a a dieta imperial, por expressiva maioria (118 contra 81). Na leitura seguinte, veio a triumphar, por pequena differença de votos (127 contra 119) a idéa opposta. O codigo acolheu essa pena para duas entidades criminosas: alta traição (§ 80) e assassinio

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

(§ 211). A lei de 3 de junho de 1884 (sobre explosivos) e a de 28 de julho de 1895 (*Sklavenraubgesetz*) crearam outros dois casos. A Constituição de Weimar (11 de agosto de 1919), em seu artigo 48, deu ao presidente da republica a faculdade de, em caso de grave (*erheblicher*) perturbação da ordem ou segurança publica, tomar as medidas que se tornassem necessarias, inclusive a comminação da pena ultima. O dec. de 22 de junho de 1922 (*Verordnung zum Schutz der Republik*) estabeleceu essa pena, em alternatividade com a de reclusão perpetua, para o caso de filiar-se scientemente alguem (ou auxiliar pecuniariamente) a qualquer aggremiação (*Vereinigung*), cujo objectivo fosse a morte de um ministro (*Rathenau*), ainda que nenhum acto executivo viesse a ser praticado. A lei de 21 de julho do mesmo anno ampliou essa ameaça penal a todas as hypotheses de semelhante filiação, desde que fôsse commettido ou tentado um homicidio, dispensado o elemento subjectivo da sciencia ou conhecimento. A lei de 4 de abril de 1933 (*zur Abweher politischer Gewalttaten*) admittiu a pena ultima para os casos graves de incendio, inundação, envenenamento e damnificação de estradas de ferro. Ficaram sujeitos a essa pena os crimes praticados com materias explosivas, ainda que sem resultado mortal. A lei de 13 de outubro do mesmo anno (*zur Gewaehrleistung des Rechtsfrieden*) previu a mesma pena para todo attentado (*Unternehmung*) contra determinadas pessôas (juizes, membros de associações nacionaes, testemunhas, peritos, etc.) por motivo de ordem politica ou de actividade profissional ou de serviço de cada uma dellas. A lei de 20 de dezembro de 1934 considerou punivel com a pena de morte o trazer illegitimamente uniforme dos partidos, para fins terroristicos ou com o intuito de causar difficuldades ao governo (*Reich*).

Com a ascensão do nazismo ao poder, cresceu bastante a lista das infracções punidas com o extremo castigo. Nos projectos de reforma do codigo penal figura essa pena, exceptuado o de 1922. No de 1930, ficou a inclusão ou exclusão para ser resolvida mais para deante. A conferencia dos juristas allemães, reunida em Vienna, no anno de 1912, discutiu largamente a questão, sendo relatores os professores M. Liepmann e Augusto Finger. O primeiro, em um trabalho notabilissimo, chegou á conclusão de que, para a Allemanha e a Austria, fóra de casos excepcionaes (como de revolução ou de guerra) não havia necessidade ou conveniencia de continuar a existir a pena capital. O segundo divergiu completamente dessa opinião. Abraçando uma proposta de v. Kahl, manifestou-se a conferencia favoravel á manutenção dessa pena, mas por debil maioria (159 votos contra 158 na secção; e 470 contra 424 *in plenum*). A convicção do povo foi a razão decisiva (Schwardnadse, *Die Todesstrafe in Europa*, pag. 37).

Para o nacional-socialismo essa manutenção está fóra de toda duvida. E' o que diz o *Memorial prussiano* (pag. 139). Rietzch, em o livro *O futuro direito penal allemão* (*Das kommende deut. Strafrecht*), pag. 86, escreve: "Sem a pena de morte não é possivel efficaz defesa da communhão do povo (*Volksgemeinschaft*) contra as mais graves violações de sua tranquillidade". Siegert

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

nos seus *Principios fundamentaes do direito penal no novo Estado* repete que a pena de morte é necessaria (pag. 63).

A Austria, pela lei de 3 de abril de 1919, excluiu do processo commum essa penalidade. E isso foi confirmado pelo art. 85 da Constituição federal (1 de outubro de 1920). Nesse país, desde 1904, que nenhuma execução se realizara. Assim, a pratica havia preparado a reforma abolicionista. Mas em junho de 1934 entrou novamente a vigorar a pena de morte.

Na Suissa, a constituição de 1848 acabou com essa pena nos crimes politicos (art. 54). A de 1874 ainda mais se adeantou: só a deixou subsistir no direito militar, e em tempo de guerra. Pouco durou, entretanto, esse estado de cousas. Em 1879 voltou-se á antiga limitação: sómente em relação aos delictos de natureza politica ficava vedada a pena ultima. Antes de 1848, um unico cantão — o de Friburgo — a extinguira. No intervallo entre essa data e 1874, uma série de outros cantões seguiu esse exemplo. E todos (com excepção justamente do friburguense) se acham ainda hoje no antigo ponto de vista. A reforma de 1874 obrigou os demais cantões a revogarem aquella pena. Sobrevindo a de 1879 varios dentre elles a restabeleceram. São em numero de 15, representando 75 % da população helvetica, os que não consagram em seus codigos a pena de morte; e 10 apenas, sommando 25% dessa população, os que o fazem.

O projecto de codigo penal unico, elaborado por Stooss, não acolheu esse meio de punição, com o que concordou a grande commissão de peritos (15 votos contra 4). A segunda commissão, sob proposta de Kronauer, que, embora abolicionista, pretendia afastar o obstaculo que a questão levantava á adopção do projecto, tomou um alvitre conciliador: permittiu que os cantões comminassem a pena de morte, alternativamente com a de reclusão (*Zuchthaus*) por toda a vida, aos crimes que, pelo codigo da confederação, estivessem sujeitos a esta ultima. A resolução, á primeira vista de summa importancia, na realidade pouco deixava á autonomia dos cantões (Schwardnadse, *ob. cit.*, 42).

Em outubro de 1912, a associação dos juristas suissos, reunida em Solothurn, se occupou com a pena de morte. Foram relatores Kronauer e Logoz. Sustentou o primeiro a these de que se devia deixar aos cantões, em certos limites, a faculdade de regularem a materia. Bateu-se o segundo por uma solução unitaria e no sentido da abolição. Após os debates, adoptou a assembléa as seguintes soluções: I — A associação dos juristas suissos é de parecer que o codigo penal suisso deve solucionar para todo país a questão da pena de morte. II — Que essa pena não deve figurar no futuro codigo. O Conselho dos Estados da Confederação, em sua sessão de junho de 1931, approvou, por 22 votos contra 14, a abolição de tal pena.

Não nos parece temeridade affirmar que nesse país a pena ultima tem seus dias contados. O pouquissimo uso que della se faz (Stooss, *Grundzuege*, I, 288 e segs.) equivale quasi á sua extincção.

O antigo direito espanhol não divergia, no tocante á frequencia e atrocidade com que impunha e executava a pena de morte,

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

das legislações da mesma época. A codificação de 1822 diminuiu consideravelmente as hypotheses em que essa pena tinha cabimento. Os codigos que vieram depois, especialmente o de 1870, como se exprime Calón, consolidaram esse trabalho humanitario. Esse codigo jamais impunha a morte como pena absoluta: ella apparecia sempre como gráu maximo de outras penas. Os crimes a que podia ser applicada eram: alguns de traição; o homicidio de um monarcha ou chefe de Estado estrangeiro residente na Espanha; alguns de pirataria; alguns contra a fórma de governo; alguns de rebellião; a morte do rei ou a tentativa desse facto; a morte ou tentativa de morte de um successor da corôa; o parricidio; o assassinio e o roubo acompanhado de homicidio. Leis extravagantes (como a de 8 de janeiro de 1877 sobre sequestro; a de 10 de julho de 1894 sobre explosivos e a de 23 de março de 1906 sobre delictos de lesa-patria) aumentaram a lista.

O codigo de 1928, no conceito de Cuello Calón, "un de los más severos entre los existentes (*El nuevo código penal*, pag. 184)", não teve a coragem de alijar essa barbara pena. Impô-la em não poucos casos.

Proclamada a republica, apressou-se o governo a revogá-lo, restabelecendo o anterior. A commissão encarregada de introduzir-lhe as mais urgentes modificações, da qual foi presidente o professor Jiménez de Asúa, se pronunciou pela exclusão da referida pena. Ella não consta da escala penal estabelecida pelo art. 27 do codigo reformado.

Em interessante artigo, estampado na *Zeitschrift*, de Aschaffenburg, sob o titulo *Breve historia da pena de morte na Espanha* (anno 1929, pags. 577 e 641), Mariano Ruy Funes declara que, em seu país, abstraindo de poucos membros de grupos retrogrados — um phenomeno de atavismo moral — a opinião publica de modo claro repelle a pena de morte.

A Italia, a gloriosa patria de Beccaria (cujo merito se procurou offuscar, pondo em duvida o pensamento abolicionista do inolvidavel reformador), nos offerece o curioso espectaculo do regresso a um passado que parecia completamente esquecido.

Em 1884, escrevia o celebre criminalista Augusto Geyer: "Na Italia, a pena de morte quasi que só encontra defensores entre os partidarios da escola anthropologica" (*Grundriss* pag. 147). Effectivamente, nos annos que precederam a promulgação do codigo unitario (Zanardelli), a opinião da quasi unanimidade dos professores de direito, advogados e magistrados era, nesse país, pela abolição.

Todas as classes se externaram nesse sentido. Com razão disse Panattoni, no parlamento: "la peninsola è un meeting in permanenza contro la pena di morte". O codigo de 1889 a extinguiu. Quarenta annos se passaram, sem que se pensasse em qualquer recúo. Nesse longo espaço de tempo "non venne mai in capo ad alcuno la possibilità di riporre in discussione la pena di morte, sia pure in séde del tutto accademica (Paolo Rossi, *La pena di morte*, pag. 9." Ferri, inimigo convicto dessa anachronica especie de punição, não lhe deu logar em seu projecto. O

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

governo fascista restaurou-a. A principio, na lei de 23 de novembro de 1926, concernente á defesa do Estado, com caracter provisorio (cinco annos); depois, no codigo penal commum, definitivamente. Sobre o projecto desse codigo ouviram-se os tribunaes superiores (côrtes), as universidades e commissões de advogados. Os primeiros se mostraram, em sua totalidade, favoraveis á restauração da pena ultima. Das segundas, só as de Palermo (rel. Carnevale), Parma (rel. Berenini), Pisa (rel. Ugo Conti) e Urbino (rel. Sabatini) dissentiram. Das ultimas, sómente as de Lucca e Peruggia se pronunciaram contra.

Não é de espantar que tamanha revira-volta se tenha operado. O phenomeno se explica pela mudança do regime politico. Eloquente como indice da influencia exercida pelas novas idéas é o seguinte *passus* do parecer emittido pela commissão de advogados de Palermo: "Uno Stato forte non può scompagnarsi da un forte regime penale. Ed è ovvio altresi che, posta l'assoluta preminenza dello Stato sull'individuo, come fa il Fascismo, non può rifiutarsi il ripristino della pena di morte (*Lavori preparatori*, III, part. 1, pag. 243)".

O ministro Rocco, em seu relatorio ao projecto definitivo, sustentou que legitima era a pena de morte, quando necessaria á defesa da sociedade e do Estado. Que não procediam as objecções de caracter historico, politico-juridico, psychologico, ethico-philosophico e juridico processual contra ella levantadas. Que era "evidente manifestazione di torpida sensibilità giuridica" abster-se desse extremo recurso de defesa. Que a nova éra, inaugurada pelo fascismo, ensinava que o individuo não representava senão elemento infinitesimal e passageiro do organismo social; e que, portanto, a esse organismo, ao Estado — sua organisação politica — devia subordinar os proprios interesses e até a mesma existencia.

Da necessidade dessa pena, em sua patria, fez o ministro uma affirmação gratuita. Nenhuma prova apresentou. Ferri, com a sua immensa autoridade, discutindo o projecto, teve occasião de assignalar o seguinte facto, assás significativo: "Dal 1890 ad oggi. i soli delitti che sono diminuiti in Italia sono proprio quelli per cui si abolì la pena di morte (*Lavori preparatori*, IV, part. 2.ª, pag. 76)". Essa pena é, na terra de Beccaria, uma arma que o fascismo foi pedir ao arsenal do passado para a defesa de suas idéas e de seus interesses. A uma dictadura que se préze — são palavras que encontramos algures — não póde faltar, como elemento necessario, a pena de morte.

Dos demais países da Europa conservam essa pena a Turquia, a Grecia, a Yugo-eslavia, a Esthonia, a Finlandia (onde, louvando-nos na informação de Arvello (*Recueil de documents en matière pénale*, 1935, pag. 173), exceptuando o tempo da guerra da independencia, em 1918, ha mais de cem annos ella se não applica) e a Polonia. A Russia não a menciona sinão como medida extraordinaria e provisoria. O art. 21 do Ugolovnyj Kodex de 1927 dispõe: "Para combater os crimes mais graves que ameacem o poder dos soviets e a administração sovietica, empregar-se-á o fusilamento, emquanto o contrario não fôr estabelecido, em casos

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

especialmente determinados, como medida extraordinaria de protecção do Estado dos trabalhadores". A phrase — "em casos especialmente determinados" — nota Maurach (*System des russischen Strafrechts*, pag. 181) — não exclue a applicação analogica permittida pelo mesmo codigo. O fusilamento é comminado em delictos politicos (na maioria destes casos com caracter absoluto), na propaganda contra a administração publica, na moeda falsa, etc. Pessôas que não tenham attingido 18 annos não são passiveis dessa medida. Tão pouco as mulheres em estado de gravidez. As execuções capitaes, nesse país, por motivos de ordem politica têm sido numerosissimas. A G. P. U. não poupa os inimigos do bolchevismo.

Possuem a pena de morte, empregando-a em maior ou menor numero de casos, o Japão, a China, a Persia, a Lithuania, a Checo-eslovaquia, a Hungria, etc. O codigo da republica chinêsa (1935) dispõe expressamente (art. 64) que a pena de morte não póde ser aggravada. Tal pena apparece nesse codigo sempre alternativamente, de modo que póde ser excluida pelos tribunaes. O codigo persa (1926) não permitte a applicação da pena ultima aos maiores de 60 annos. No projecto checo-eslovaco essa pena não existe. Na respectiva exposição de motivos se disse que, abstraindo dos argumentos muitas vezes adduzidos contra a pena de morte, nomeadamente o da sua irreparabilidade, em caso de erro judicial, não a adoptara o projecto, porque parecera á commissão incumbida de elaborá-lo que ella podia perfeitamente ser dispensada, dando-se á pena privativa da liberdade conveniente organização.

Voltemos o olhar para a America. A grande maioria dos Estados da União norte americana acceita e emprega a pena ultima. Sómente os de Maine, Minnesota, South Dakota e Wisconsin a aboliram de uma vez. Os de Arizona e Michigan a admittem unicamente no caso de alta traição. Os de Rhode Island e North Dakota no de ataque mortal a um guarda ou companheiro de prisão por individuo já condemnado á prisão perpetua. É o homicidio de 1.ª classe ou gráu o crime a que todas as legislações possuidoras dessa pena a comminam. Quanto a outras figuras de crimes, a divergencia não é pequena. Geralmente encontramos na lista o roubo, o incendio e a violencia carnal. No districto de Columbia, por lei federal, é punido com pena ultima o homicidio do mencionado gráu. O mesmo acontece na zona do canal do Panamá. Diversas outras hypotheses de applicação dessa pena se nos deparam na legislação federal (Thorsten Sellin, *Todesstrafe in dem Vereinigten Staaten*, na *Monatschrift*, de Aschaffenburg, XXI, pag. 102).

As execuções capitaes são frequentes nos Estados Unidos. Sem embargo disso a criminalidade cresce de forma apavorante.

Tambem o Canadá (codigo de 1906) possue em seu systema de penas a de morte. No periodo de 1922 a 1931 foi ella imposta 188 vezes. A republica de Cuba a admitte para crimes politicos. A Argentina, em seu antigo codigo, inseria a pena ultima. O projecto de 1891 a conservou. A lei n. 4.189, conhecida pelo nome de lei das reformas do Codigo penal, foi prodiga em comminá-la nos

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

casos de homicidio. Em 1917, a commissão incumbida de elaborar novo codigo notava que, no espaço de treze annos, sómente duas execuções, em todo o país, haviam sido realizadas. O projecto de 1906 persistiu em incluir na lista das penas a de morte, mas cercou-a de tantas garantias que difficilmente poderia ella vir a ser applicada. O codigo de 1921 repudiou esse barbaro castigo. Em 1933, pleiteou o poder executivo perante o Congresso a sua readmissão. Encontrou, porém, a maior resistencia. Criminalistas da maior notoriedade, como Rivarola, Roura, Gomez, Ramos, Peco, se externaram resolutamente contra a volta a um passado ignominioso e repulsivo. No senado, a voz eloquente de Alfredo Palacios demonstrou, de modo irretorquivel, o absurdo da medida pretendida pelo governo.

O Uruguay, em sua lei fundamental (1917), estatuiu que a pessôa alguma se applicaria a pena de morte. Porisso o codigo penal della não cogita. Aboliram-na a Columbia, o Equador, Costa-Rica, Honduras e Nicaragua. Tambem o fizeram quatro Estados mexicanos.

Em nossa patria, o codigo de 1830 consagrou essa pena; mas, durante seu reinado, desde 1855, sempre o imperador Pedro II a commutou em prisão perpetua. A resolução do magnanimo soberano — segundo se diz — resultou da impressão que lhe causara a suspeita de grave erro judiciario na condemnação e execução do fazendeiro Motta Coqueiro, de Macahé. Um dos primeiros actos do governo republicano foi a abolição dessa pena. Conta Rodrigo Octavio que foi elle quem proferiu a ultima sentença de morte, no Brasil, em virtude de decisões do jury de Parahyba do Sul. Dias depois veio o decreto que acabou com essa pena (*Coração Aberto*, pag. 240).

As constituições de 91 e 34 terminantemente a prohibiram. Infelizmente, o terremoto politico de 10 de novembro do anno proximo passado (1937) deu por terra com o regime democratico-liberal, sob o qual viviamos. Os dominadores da nova situação não podiam esquecer, para triumpho de suas idéas e de seus planos, esse instrumento indispensavel aos governos que se appellidam de fortes — a pena de morte. A carta constitucional da data supra autoriza o emprego desse engulhoso meio de repressão em determinados crimes de natureza politica e no homicidio commettido por motivo futil e com extremos de perversidade. O decreto-lei n. 86, de 20 de janeiro do corrente anno (1938) dispoz, no art. 18: "Os juizes e o Tribunal (de Segurança) applicarão as penas das leis n. 38, de 4 de abril de 1935, e n. 136, de 14 de dezembro de 1935, e de outras que definam crime de sua competencia, *inclusive a de morte*, podendo mandar que as penas temporarias sejam cumpridas em colonias penaes agricolas".

Significa esse dispositivo que os juizes e o tribunal a que se refere têm competencia para applicar a pena ultima; devendo entender-se — quando esta se achar legalmente estabelecida para o facto criminoso em julgamento. Outra, não póde ser, sensatamente, a interpretação.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

De entristecer é que se tenha ousado introduzir em nosso país. sem maior necessidade e contra o espirito e os sentimentos do povo brasileiro, fundamentalmente bondoso e compassivo, essa pena que, na feliz expressão de um argentino illustre — o embaixador Cárcano — *es una herrumbre en la legislación contemporánea.*

Dos países que ainda tornam effectiva a pena ultima sómente dois ou tres persistem na publicidade da execução. Acham-se neste numero a França (onde a administração penitenciaria faz todo o possivel para afastar o publico) e a Turquia. As scenas escandalosas a que davam logar as execuções na praça publica e a influencia desmoralizadora que estas exerciam sobre os circumstantes induziram os legisladores a determinar que a pena fosse executada *intra muros,* com limitada assistencia. Ferri, no seu bello livro *Os criminosos na arte e na literatura,* relata, com abundancia de pormenores e côres bastante vivas e impressionantes, o que viu em um desses espectaculos, em Paris. Os abolicionistas tiram dahi um dos argumentos contra a pena de morte. O codigo Mussolini-Rocco dá ao ministro da justiça a faculdade de dispor que a execução seja publica.

Sobre a maneira como se realiza o derradeiro supplicio, é curioso observar o que se passa entre os diversos povos. A Espanha empregava o garrote. A Inglaterra prefere a forca. A França conserva a guilhotina, legado dos tempos da revolução. A Allemanha, a decapitação pelo machado. A Italia diz que a pena "si esegue mediante la fucilazione". Nos Estados Unidos o methodo mais commum é a electrocução: adoptam-no 22 Estados. No de Utah, tem o condemnado o direito de escolher a forca ou o fuzilamento. Em geral, informa Liepmann, (*Amerikanische Gefaengnisse,* pag. 32), se decide pelo ultimo. Um unico Estado — o de Nevada — serve-se de gazes venenosos (mortiferos). A primeira execução, por esse meio, se realizou em 8 de fevereiro de 1924. A segunda, em 21 de maio de 1926. E a terceira, que foi scientificamente observada, em 2 de junho de 1930. Neste ultimo caso, tratava-se de um jogador, de nome Robert White, condemnado, mediante prova simplesmente indiciaria, por homicidio. Após a condemnação, pediu elle para soffrer a pena ultima em vez da de prisão por toda a vida. Só um anno depois se verificou o cumprimento da pena. Momentos antes de entrar para a camara mortuaria, perguntado se desejava alguma cousa, respondeu White: "Peço que me dêm uma mascara contra gazes". Este episodio, narrado pelo professor Thorsten Sellin, (*Monatsschriff,* de Aschaffenburg, 1930, pag. 620), nos convence de que, ao menos para certos delinquentes, a pena ultima não tem absolutamente o valor intimidativo que seus adeptos lhe attribuem.

Poucas são as legislações que não admittem a prescripção dessa pena. A italiana (fascista) é uma dellas.

Vimos, por esta extensa nota, que a pena de morte, a despeito da vigorosa campanha que lhe tem sido movida, desde Beccaria, em todos os países, ainda perdura na maior parte dos systemas juridicos do velho e em alguns do novo mundo. A historia,

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

dade physica.[7]). E' todavia a liberdade o bem juridico preferido para a incidencia e organisação das penas.

O predominio das penas privativas e restrictivas da liberdade nas legislações modernas constitue facto que não escapa nem mesmo á mais superficial observação.

---

porém, como disse Bovio, não se faz num dia. O futuro ha de dar razão áquelles que se empenham pela suppressão desse meio deshumano e immoral de punição.

A bibliographia sobre o assumpto é copiosissima. A monographia de Mittermaier, *Die Todestrafe*, Heidelberg, 1862, traduzida para o italiano sob os cuidados de Carrara, a de v. Holtzendorff, *Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe*, Berlim, 1875, tambem vertida para essa lingua, o livro, mais moderno, de Liepmann, *Die Todesstrafe*, Berlin, 1912, os de Schwardnadse, *Die Todesstrafe in Europa*, Muenchen, 1914, Thyrén, *Prinzipien einer Strafgezetzreform*, I, 177, Cuello Calón, *Penologia*, Madrid, 1920, pag. 55 e segs. e Paolo Rossi, *La pena di morte*, Genova, 1932, encerram o que de melhor já se expendeu em prol da abolição da pena de morte. Merecem lembradas as obras de Haus, *La peine de mort, son passé, son présent et son avenir*, 1867 e Ellero, *Sobre la pena de muerte*, ed. espanhola com prefacio de Canalejas, Madrid, 1907. Do lado opposto podem ser citados: Gabba, *Il pro ed il contro nella questione della pena di morte*, Pisa, 1866, Garofalo, *Criminologia*, pag. 338 e segs., Tarde, *Philosophie penale*, Katzenstein, *Die Todesstrafe in einem neuen Reichsstrafgesetzbuch*, Berlin, 1902. Dos hodiernos escriptores allemães são apologistas da pena de morte Gerland, v. Hippel e Mezger. Dos italianos, um dos que mais se destacam é Maggiore.

Em nosso país, um bello capitulo sobre essa pena contém o livro de João Chaves, *Sciencia penitenciaria*, pag. 357 e segs. Eis o seu remate: "A pena de morte é legitima, mas não é necessaria. E se lhe faltam os caracteres da *reparabilidade* e da *gradação*, desejaveis em todas as penalidades, deve ser substituida pela prisão indeterminada. Seria, além disto, um erro adoptá-la contra a grande criminalidade pela sua funcção intimidativa. Ella não é exemplar, mas, quando o fosse, seria iniquo e antipathico tirar partido dessa qualidade".

7) A historia do direito punitivo nos mostra quão frequentes foram estas penas (em seu sentido mais comprehensivo) até o ultimo quartel do seculo XVIII. Multiplas e horripilantes as formas de que se revestiam. Entre os romanos, era usual, contra os *humiliores*, a flagellação (*fustigatio, vinculorum verberatio*). Já nas XII Taboas apparecia a *membri ruptio*. Sob a republica, marcavam-se com ferro em braza os calumniadores. São celebres as torturas infligidas aos martyres christãos. No direito anglo-saxonio, aos crimes de moéda falsa, furto reiterado, perjurio e outros se impunha a amputação da mão e ás vezes do pé. A's mu-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Apresentam essas penas a grande vantagem de poderem se estender até aos derradeiros confins da vida e de poderem ser exasperadas até aos extremos mais cruciadores do soffrimento. São, intensiva e extensivamente, susceptiveis de aumento ou diminuição. Permittem-lhes as suas multiplas formas, na execução, o emprego com todos os fins da prevenção: — intimidação, emenda (correcção) e inocuidade (segurança).

Tambem no systema penal do codigo patrio coube o papel mais saliente ás penas dessa categoria. E assim já acontecia no codigo criminal do Imperio.

Diversificam as legislações quanto ao numero de penas privativas e restrictivas da liberdade. Na francêsa, essas penas são: — trabalhos forçados, deportação, detenção, reclusão, prisão correcional, prisão de simples policia e banimento. O projecto de reforma de 1893 reduziu-as a tres unicamente. O de 1932 menciona: — trabalhos forçados (por toda a vida ou temporarios), deportação (em um recinto fortificado ou simples), detenção, reclusão e prisão (arts. 19, 20 e 21). O codigo alle-

---

lheres adulteras cortavam-se o nariz e as orelhas. Aos calumniadores, a lingua. No antigo direito francês empregava-se, entre outras penas afflictivas, a amputação da lingua. No velho direito português, entre os meios de punição, figuravam as mutilações (das mãos, da lingua, etc.), e as queimaduras com tenazes ardentes.

Estas atrocidades obedeciam á idéa de punir o delinquente especialmente nos orgams que lhe serviam para commetter o crime.

O codigo francês (1810) manteve até 1832 a pena de mutilação da mão, precedendo a de morte, no parricidio.

As penas corporaes, em sentido estricto, ainda se applicam, como adiante veremos. Um codigo de nossos dias — o do Afghanistan, de 1924, adopta a pena de açoites, que é executada "na presença de grande multidão de povo". O art. 13 estabelece, minuciosamente, o ceremonial a ser observado. As mulheres não gosam de isenção (S. Beck, *Das afghanische Strafgesetzbuch von Jahre 1924*, pag. 99). Sobre esta especie de penas: Erich Paterna, no *Handwoerterbuch d. Rechtswissenschft* de Stier-Somlo e Elster, s. v. *Koerperstrafen;* C. Calón, *Penología*, pag. 89 e segs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

mão só conhece quatro penas da alludida especie: — casa de correcção (*Zuchthaus*), prisão (*Gefaengnis*), prisão em fortaleza (*Festungshaft*) e arresto (*Haft*). O projecto de 1909 reduziu-as a tres. Extinguiu a prisão em fortaleza, que se entrefigurava a muita gente privilegio de classe. O ultimo, de 1930, não se afastou desse precedente (§ 34).

O codigo hollandês só admitte duas penas privativas da liberdade: — a de carcere (*Heft*) e a de prisão. O norueguês adopta unica e sómente a de prisão, que é simples (*Heft*) ou rigorosa (*Foengsol*). O moderno codigo italiano conserva apenas o ergastulo, a reclusão e o arresto (art. 17). O da Dinamarca menciona a prisão e a detenção simples. Em nosso continente, merecem ser lembrados o peruano, o venezuelano e o uruguayo. No primeiro, as penas privativas da liberdade são: — internamento, penitenciaria, relegação e prisão (art. 10). No segundo, presidio, prisão, arresto e relegação em colonia penitenciaria. No ultimo, penitenciaría e prisão (art. 66).

Em 1878, quando se reuniu o congresso penitenciario de Stockolmo, propoz Thonissen a assimilação legal de todas as penas privativas da liberdade. Sua proposta soffreu largo debate, não logrando beneplacito na competente secção. A assembléa geral, entretanto, acceitou esta outra, elaborada por uma commissão especial: — "Tout en réservant des peines inférieures et spéciales pour certaines infractions dépourvues de gravité ou qui ne denotent pas la corruption de leurs auteurs, il convient, quelque soit le règime pénitentiaire, d'adopter, autant que possible, l'assimilation des peines privatives de la liberté, sans aucune difference entre elles que la durée et les consequences accessoires qu'elles peuvent entrainer après la libération".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Interrogado sobre o regime a ser escolhido como typico para o cumprimento dessas penas, respondeu o celebre jurisconsulto belga: — "Je désire l'application universelle de l'emprisonnement cellulaire". [8]).

Ao elaborar o codigo por nós agora commentado, achava-se o legislador patrio sob a influencia das idéas que preconisavam a reducção numerica das penas privativas da liberdade. Porisso, no nosso systema penal, só existe uma pena dessa especie: — a prisão cellular. As outras se reduzem a uma esphera de applicação muitissimo circumscripta: — a reclusão, aos crimes politicos (arts. 107, 109, 111 e 115); a prisão disciplinar, aos menores vadios (arts. 43 e 399, 2.º); e a prisão com trabalho obrigatorio, aos maiores vadios, mendigos e capoeiras.

Essa simplificação, que podia inculcar progresso, foi, teorica e praticamente, um grave erro.

Referindo-se á unificação das penas, disse com todo acerto Garçon: — "Todos os criminosos não pódem ser tratados da mesma maneira. E' mistér dar ao juiz a escolha entre diversas medidas, pois ellas devem variar segundo a natureza do crime e o caracter do delinquente". [9]).

Em identico sentido as palavras de Aschrott: — "Na escolha da pena, deve existir a possibilidade de se tomar em consideração, não só a gravidade do facto, o resultado externo da acção criminosa, mas tambem a personalidade do autor e o motivo (sentimento) que o impelliu. Não se póde attender a todas estas circumstancias, aumentando-se simplesmente, mais ou menos, a pena privativa da liberdade". [10]).

---

8) Desportes et Lefébure, *La science pénitentiaire au Congrès de Stockolm*, pag. 53.
9) *Le droit pénal*, Paris, 1922, pag. 152.
10) *Reform d. deut. Strafr.*, I, pag. 75.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O illustre professor madrilense Luis Jiménez de Asúa, partidario da multiplicidade de penas da referida especie, escreveu: — "Las corrientes individualizadoras han abierto fuerte cauce en el área del Derecho penal moderno. Penalistas de variadas escuelas hablan de la individualización de la pena, como uno de los más solidos aportes de las teorías circulantes. Pues bien, yo no concibo la vigencia de esta tesis fecunda, sin numerosisimo catálogo de penas — a las que correspondan variados estabelecimientos penales (como Reformatorios, Colonias agrícolas, Escuelas industriales, Casas de internamiento asegurativo, etc., etc.) — pues la naturaleza humana, tan distinta y proteiforme, en lo fisico como en lo moral, hace que ningún delincuente sea igual a otro, y que las condiciones antropológicas y psiquicas de cada grupo exijan tratamientos penales idóneos y peculiares". [11]).

Um dos problemas com que se occupou o penultimo congresso penitenciario internacional (Praga, 1930) foi o referente á unificação das penas privativas da liberdade. E então se perguntou como, no caso de uma resolução favoravel, devia a pena unica ser executada ? O professor Solnar, relator geral, mostrou-se desde lógo contrario á unificação. A assembléa deferiu o debate para o porvindouro congresso, a realisar-se em Berlin, em 1935. Este, porém, nelle não proseguiu.

A Conferencia Brasileira Penal e Penitenciaria, reunida, no Rio de Janeiro, em junho de 1930, mostrou-se infensa á unificação. Ella approvou a seguinte resolução: — "Não é desejavel a abolição das differentes penas privativas da liberdade, de qualquer duração, actualmente em uso, para substituí-las por uma pena unica, e sim, para substituí-las por penas differentes, quer quanto á qualidade (caracterizada pelo regimen adequado á

---

11) J. de Asúa e J. Antón Oneca, *Derecho penal*, I, p. 486.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

sua peculiar finalidade), quer quanto á duração. As penas privativas da liberdade, estabelecidas na lei, devem offerecer ao juiz da condemnação e aos executores a possibilidade de adaptar-se a repressão ás varias categorias de delinquentes. Para inteira efficacia de cada um dos modos de repressão empregados exigem-se necessariamente estabelecimentos diversos, com apparelhamento, direcção e pessoal auxiliar adequados, attendendo-se á diversa finalidade de cada um, além de regimens fundamentalmente differentes (detenção transitoria para méra segurança — criminosos politicos, prisão de méra advertencia — criminosos não corrompidos, reeducação penal — corrigiveis, segregação eliminatoria — incorrigiveis". [12]).

O professor Hermenegildo de Almeida, relator da questão, opinou de modo diverso. São interessantes e merecem transcriptas as conclusões a que elle chegou: — "Todas as penas privativas da liberdade, no Brasil, de accordo com as condições mesologicas, podem ser unificadas na pena de prisão com trabalho em penitenciarias agricolas mixtas, longe do urbanismo, isto é, com estágio em prisão fechada, seguida de estágio agricola, já aqui por merecimento, e finalmente o livramento condicional com localisação em colonias de trabalhadores livres, tudo sob a permanente superintendencia do Conselho Penitenciario. As penas de prisão simples deveriam ser abolidas, substituindo-se por uma pena pecuniaria com a possibilidade de parcellamento, mas imprescriptivel até final liquidação, suspensos os direitos politicos". [13]).

Dos projectos que têm sido organizados, em nosso país, para a substituição do codigo vigente, o do pro-

---

12) Candido Mendes de Almeida, *Decimo congresso penal e penitenciario internacional*, Rio, 1933, 170.
13) Candido Mendes de Almeida, *Ob. cit.*, 202.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

fessor João Vieira enumera como penas privativas da liberdade — o ergastulo, a prisão e a detenção; e o da Camara dos deputados — a prisão com trabalho e a correcção em colonia penal. No do desembargador Sá Pereira as penas dessa natureza são — prisão, simples ou rigorosa, e detenção. E mais, quando se tratar de criminoso commum, por indole ou reincidente, condemnado a mais de cinco annos de prisão, a relegação condicional (art. 76). Esta, embora incluida no quadro das penas, tem natureza duvidosa. Ficaria talvez melhor entre as medidas de segurança.

II — A moderna penologia discute vivamente como devem ser organizadas as penas privativas da liberdade. As de breve tempo, desde a segunda metade do seculo passado, soffrem vigorosa campanha. Allegam os oppugnadores que ellas não corrigem, nem intimidam; que, ao invés disso, corrompem e deshonram; que está no interesse do Estado economisar o emprego da pena de prisão, pois esta diminue a honorabilidade e a dignidade de seus subditos — o patrimonio moral da nação; e ainda, que o systema das penas de curta duração — penas de uso muitissimo frequente, acarreta consideraveis despesas ao erario publico. Não ha como contestar o fundo de verdade que existe nas razões adduzidas.

Diversas medidas têm sido lembradas para a substituição dessas penas: — a condemnação condicional, o perdão, a reprehensão, o castigo corporal, o arresto domiciliar, o trabalho sem detenção, a caução. De todas, a mais importante é a primeira. Ella já existe em nosso direito, como ao deante veremos. Aproveitando o ensejo, daremos de cada uma das outras resumida noticia.

Diz-se reprehensão a advertencia que o juiz faz ao accusado, apontando-lhe a natureza delictuosa do acto praticado e incitando-o a não mais repetí-lo. Encontra-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

mo-la, com o caracter de pena, nas fontes romanas (L. 3, D., *de officio præfecti vigilum* e L. 19, C., *de causi ex quibus infamia alicui irrogatur*). E tambem no direito canonico, sob o nome de "monitiones" e "censuræ ecclesiasticæ". O antigo direito francês conhecia a "blâme (une correction par la bouche des juges)". O codigo penal de 1791, dava ao juiz a faculdade de punir com uma "réprimande", em publico, o accusado contumaz. O de 1810 não acolheu essa penalidade. Diversamente procedeu o bavaro de 1813. O seu exemplo foi seguido por varias legislações territoriaes da Allemanha. Assim, a de Altenburgo preceituava que cabia a reprehensão, quando qualquer outra pena parecesse excessiva, já pela insignificancia do crime imputado ao delinquente, já pela importancia das circumstancias attenuantes. O codigo do Imperio punia com a reprehensão o accusado de 12 a 14 annos, que houvesse agido com discernimento, nos casos especialmente leves de delicto e contravenção. Este dispositivo desappareceu após a lei que introduziu os tribunaes para menores.

Os primeiros projectos de reforma desse codigo (inclusive o dos quatro professores) continham a pena de reprehensão *(Verweis)*, applicando-a a adultos; mas os ultimos a repudiaram. Reputaram-na superflua.

O codigo espanhol de 1870 (posto de novo em vigor, reformado, após a proclamação do governo republicano) especifica, entre as penas correccionaes, a reprehensão publica, e, entre as leves, a reprehensão privada. O réu soffre a primeira pessoalmente, em audiencia, a portas abertas; e a segunda, a portas fechadas. Emprega-se a reprehensão publica, por exemplo, em certos delictos de escandalo publico (arts. 455 e 456). A privada, em numerosas contravenções, cumulativamente com a pena pecuniaria de 5 a 25 pesetas (arts. 589, 596, 605) ou em alternatividade com a de 5 a 50 pesetas (art.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

599) ou a detenção de 5 a 15 dias (art. 603). No projecto de reforma apresentado ás côrtes em 1885 já não figurava nenhuma dessas fórmas de reprehensão. O codigo de 1928 pôz de lado essa especie de penalidade. Egual sorte teve ella na Italia. Consignava-a o codigo de 1889. Era uma pena já tradicionalmente radicada no país. O codigo actual eliminou-a do seu systema penal. Cousa identica fizera o projecto Ferri.

Alguns codigos cantonaes da Suissa inserem essa especie de pena. O de Appenzell (Rhodes exteriores) admitte-a, relativamente a maiores, nos casos de pequenos delictos, commettidos com circumstancias attenuantes. A reprehensão não póde verificar-se, dentro de dois annos, segunda vez; e constitue motivo de reincidencia. Pelo de Vaud, se o réu não acudir ao chamado, expiará dois dias de prisão.[14]). Os projectos de unificação passam em claro semelhante pena.

O codigo da Venezuela (1926, art. 32) dispõe acerca da "amonestación" ou "apercebimiento"; e manda que a reprehensão oral feita pelo juiz seja publicada na imprensa. Em parte alguma desse codigo, entretanto, se encontra essa pena comminada. O do Mexico (1929, art. 129) conservou a "amonestación", accrescentando que ella "se hará en publico ó en privado, segun parezca al juez".

Sobre o valor da reprehensão como meio punitivo, dissentem as opiniões. Trataram do assumpto os congressos penitenciarios internacionaes de Roma, São Petersburgo e Paris. Este ultimo adoptou a seguinte resolução: — "En matière penale, l'application de l'admonition par le juge et celle du sursis à l'execution de la peine

---

14) Gautier, na segunda commissão de peritos (*Protokoll*, I, pag. 336), teve occasião de dizer: "La réprimande existe dans le code vaudois, mais l'on n'en fait pas usage".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

après condamnation, conduisent à des résultats à peu près identiques; en consequence, il est inutile d'ajouter le système de l'admonition à celui du sursis à l'execution de la peine". A Societé Génerale des Prisons, ao ventilar o mesmo thema em janeiro de 1888, manifestou-se tambem desfavoravel á reprehensão como pena ou subrogado penal. E, de egual modo, a União Internacional de Direito Penal, em 1889, no congresso de Bruxellas.

Alguns criminalistas, no entanto, se têm revelado adeptos da reprehensão como pena. Qualificou-a Sauer, com evidente exagero, como — a pena do futuro. Roberto v. Hippel, o notavel professor de Goettingue, lamenta-lhe o desapparecimento nos ultimos projectos allemães. A verdade, demonstrada pela experiencia, é que, seja como pena, seja como simples subrogado penal, semelhante medida nenhuma vantagem pratica apresenta. E' inutil para os delinquentes capazes de sentí-la; e ridicula para os demais. Sómente no direito disciplinar ou com fim educativo (quando se trata de menores) póde ella ser justificada.

Outro meio substitutivo das penas privativas da liberdade de curta duração é o arresto domiciliar, quer dizer, o cumprimento da pena na propria casa do condemnado. Não representa novidade alguma (L. 9, D., *de interd. et. relegat.*). Um dos codigos mais antigos que ainda vigoram, o austriaco, o admitte, como terceiro gráu do arresto, mediante a promessa do condemnado de que não se afastará da casa, ou com a imposição de um guarda. A violação do compromisso acarreta o cumprimento do restante da pena em prisão commum. No caso de arresto de primeiro gráu, [15]) póde dar-se a substituição por arresto em domicilio, quando o paciente fôr pessôa

---

15) Finger, *Oesterr. Strafrecht*, I, pag. 271: "Na pratica infelizmente esta especie de arresto caiu em desuso".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

de reputação illibada e pelo afastamento de sua casa não possa cuidar de seus negocios ou meios de subsistencia (§§ 246 e 262).[16]).

O codigo do cantão do Tessino permitte, quando a pena de prisão não exceda de 3 dias, que o condemnado a cumpra na propria casa, sob a vigilancia de funccionario do municipio. Pelo de Zug, podem, excepcionalmente, certas pessôas, necessitadas de cuidados especiaes, cumprir tambem a pena no proprio lar, com as devidas cautelas. O argentino permitte, quando a prisão não exceda de seis meses, que a cumpram em suas proprias casas as mulheres honestas e as pessôas maiores de 60 annos ou valetudinarias (art. 10). Foi o codigo espanhol de 1822 (art. 77), que inseriu mais a phrase — "y las (personas) que viven de algun arte, profesión ó oficio domestico", a fonte desse dispositivo. O actual (1870, reformado) dá ao Tribunal, no caso de arresto menor por tempo que não vá além de dez dias, a faculdade de autorizar o réu a cumprir a pena no proprio domicilio. Exceptuam-se as hypotheses de furto e defraudação (art. 88). Em nosso país, o projecto Sá Pereira, estabelecendo as regras concernentes ao logar do cumprimento da pena de detenção, prescreve: "Em se tratando de mulheres gravidas ou morigeradas, de pessôas enfermas ou edosas, quando a pena não exceder de um mes, poderá o juiz determinar que seja cumprida em casa (art. 71, § 2)". A sub-commissão legislativa emendou: "Tendo em vista as circumstancias do facto e as condições do condemnado, poderá o juiz determinar que a pena de detenção, não excedente de um mes, se cumpra em casa (art. 62, § 2.º)."

---

16) Nesse sentido, entre outros, Aschrott, *Ersatz kurzzeitigen Freiheitsstrafe*, Hamburgo, 1889, pag. 58. O codigo turco admitte o cumprimento do arresto no proprio domicilio do condemnado, em se tratando de mulheres, não reincidentes, e de menores (§ 21).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Contra este subrogado penal (que, aliás, logrou a approvação de Nocito, Lammasch, Krohne e outros) objecções muito sérias se levantam. Basta uma dellas para que se reconheça o nenhum valor pratico da medida proposta: a impossibilidade de ser o cumprimento da pena devidamente fiscalizado. Não é possivel pensar em pôr um ou mais guardas á porta de cada condemnado. Com sobejas razões o codigo italiano em vigor não quiz mantê-la, nem nos acanhados limites em que a acceitára o anterior.

Alvitrou-se tambem para a substituição das penas leves de prisão o castigo corporal (em sentido estricto). Tem esse meio de punição fervorosos sustentadores e irreductiveis adversarios. Entre os primeiros, se destacam: em França, Cuche, Lacassagne, Laurent, Maxwel; e, na Allemanha, Mittelstaedt, Schmolder e Schwarze. Os ultimos, são a grande maioria dos escriptores que se têm occupado do assumpto. Confessava ainda ha pouco o illustre penitenciarista de Grenoble, acima citado, que reclamar o restabelecimento dessa especie de pena era incorrer na pécha de barbaro: "le procès est jugé et je ne conseille à personne d'en demander la révision".

A applicação de castigos corporeos (no alludido sentido) tem sido preconizada, principalmente, como meio educativo, em relação a menores; e, como providencia energica, capaz de refrear certas tendencias criminosas, relativamente á determinadas classes de delinquentes. Invoca-se, em abono da medida, o exemplo da livre e culta Inglaterra. Ahi, na primeira metade do seculo XIX, em virtude do *Whipping Act* de 1820, se empregava o castigo corporal, indifferentemente, tanto a um como a outro sexo. *O Criminal Law Consolidation Act* de 1861 restringiu esse emprego ás pessôas do sexo masculino e maiores de 16 annos. Em 1863, foi promulgado o *Garroters Act*. Em consequencia, ficaram sujeitos á pena de

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

castigos physicos os autores de roubo com violencia ás pessôas e de tentativa de estrangulamento *(to choke, suffocate or strangle)*. Os resultados — apregoam os adeptos dessa especie de penalidade — foram excellentes. Mas uma tal affirmação tem sido fortemente contestada. Certo é que, quando, em 1875, o governo inglês pretendeu ampliar o uso dessa pena, não encontrou o apoio da camara dos communs. O projecto foi regeitado. E que tambem segunda tentativa, em 1901, teve identica sorte. Em 1913, a camara dos communs adoptou, por 136 votos contra 132, o principio da fustigação relativamente aos *souteneurs* e proxenetas do sexo masculino. E, em 1916, no *Laeerny Act.* Desde 1881 se aboliu o *cat ó nine tails,* o terrivel instrumento com que eram castigados os criminosos adultos. Segundo o *Criminal Justice Administration Act* de 1914, ninguem poderia, pelo mesmo crime, soffrer mais de uma vez o castigo corporal. Um projecto de lei, apresentado em 1924, para a extincção de tal pena, não conseguiu approvação.

Apesar do elevado gráu de civilisação de seu povo, a Inglaterra applica ainda hodiernamente essa brutal especie de punição, embora em escala relativamente reduzida.[16-a]). Nos dominios e colonias, o seu uso tende a decrescer.

16-a) Ha pouco, inseriu um dos grandes diarios paulistas uma correspondencia de Londres, sob o titulo — *A justiça inglêsa.* Della extraimos os seguintes trechos: "E' commum lermos nos jornaes que á pena legal accrescentaram os juizes trinta chicotadas. Quasi sempre, quando se trata de roubo acompanhado de violencia, de criminosos reincidentes ou de trafico de brancas, o chicote entra em acção, aggravando a pena. Na punição de todos os delictos commettidos nos carceres ou presidios a chibata vem ensanguentar as carnes do delinquente; a incitação ao motim, á rebeldia, o assalto a outro recluso, sempre se castigam com um certo numero de chicotadas. As penas são ministradas em dóses de 12, 18, 24 e 36 chicotadas. Dois são os carrascos, quando se ministram mais que 12 chibatadas. Nestes ultimos annos, este genero de castigo tem aumentado muito, em virtude dos crimes acompanhados de violencia, que o "gangsterismo" americano aqui intro-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A Dinamarca, pela lei de 1 de abril de 1905 (approvada, no *Volksthing*, por insignificante maioria), mandou empregar como pena, o castigo corporal (s. estricto). Seis annos transcorridos, foi essa lei revogada. No intervallo em que ella esteve em vigor, tão sómente 14 condemnações se pronunciaram. Identica experiencia fez a Hungria (1920). Durou apenas um anno.

Nos Estados Unidos da America do Norte, por diversas vezes, na imprensa e no parlamento, se pediu a introducção dessa pena, nomeadamente para o *kidnapping*, o rapto ou roubo de menores com o fim de extorsão. Foi ella acolhida no Oregon, em 1905, para o caso de maus tratos praticados pelo marido contra a pessôa da mulher. O exemplo não se alastrou. Apenas o Delaware o seguiu, para certos crimes graves. O projecto do codigo penal para todo o país expressamente vedou essa fórma de castigo.

A China e o Japão, influenciados pelas idéas juridicas do occidente, aboliram-na. A Allemanha nazista quiz reviver esse anachronico meio de punição. O *Memorial prussiano* [16-b]) o acceita, como pena accessoria, para abreviar, intensificando-as, as penas detentivas. A commissão encarregada da feitura do novo codigo o repelliu.

---

duziu. E dizem os entendidos que é, até agora, o castigo mais efficiente para impedir a propagação de taes delictos. Nas prisões da Gran Bretanha são ministradas, em media, vinte flagellações por anno".

16-b) Louva esse memorial o castigo corporeo pela sua intensa efficacia intimidativa e por permittir, em alto gráu, a substituição das longas penas privativas da liberdade por outras mais curtas, mas exacerbadas. E allude aos bons resultados colhidos pela applicação da "whipping", na Inglaterra. Siegert, nos *Principios de direito penal no novo Estado*, diz que essa pena (*Pruegelstrafe*) póde servir aos fins de intimidação e da integração (retribuição), mas deve ser applicada immediatamente após o facto ou em seguida a um processo judicial rapido, sem delongas.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A adopção do castigo corporal tem sido suggerida e pleiteada sempre que se manifesta uma effervescencia de certos crimes. Com toda razão pondera Goldschmidt que é erro deixarmo-nos arrastar por circumstancias de momento, esquecendo conquistas que só com o decurso de muitos seculos foram alcançadas. [17]).

Sem embargo das vantagens que seus partidarios lhe attribuem, não merece o castigo corporal figurar em qualquer legislação á altura do progresso do nosso tempo, sob nenhum de seus aspectos — como pena principal, como pena complementar ou como simples subrogado penal. Até como medida disciplinar, nas prisões, está elle absolutamente condemnado.

A caução — outra medida proposta para a substituição das penas privativas da liberdade de curta duração — se nos depara em varias legislações, ora como simples remedio preventivo, ora com o caracter de pena, principal ou accessoria. A sua origem historica prende-se ao instituto romano da *cautio de non offendendo.*

Com caracter puramente preventivo, a emprega, por exemplo, o cantão de Lucerna (1915). Presupposto de sua applicação é que alguem, por ameaças sérias, por actos preparatorios ou outros factos haja manifestado o designio de praticar crime ou delicto contra outrem. A requerimento deste, póde a autoridade exigir da parte contraria a promessa de que se absterá de realizar o facto em questão, impondo-lhe a prestação de congrua garantia. Se a promessa é recusada ou a garantia deixa de ser fornecida, fica o accusado sujeito á pena de prisão, que póde extender-se até 2 meses. A garantia (caução) pertence ao Estado, se o facto delictuoso se realiza.

Tambem encontramos esse instituto, com a mesma natureza, no codigo mexicano (1929). Merece trans-

---

17) Goldschmidt, *Vergleichende Darstellung d. deut. und ausl. Strafr.* part. ger., IV, pag. 426.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

cripção o art. 81 desse codigo: "Llamase caución de non ofender: la protesta formal que en ciertos casos se exige al acusado de no cometer el delito que se proponía y de satisfacer, si faltare a su palabra, una multa que fijará el juez, atendidas las circunstancias del caso y de la persona. El pago se garantizará con bienes suficientes o con fiador idóneo por el plazo que el juez fije y el instrumento respectivo contendrà, además la comminación expresa de que si el reo quebrantare su compromiso, no sólo se le exigirá la multa, sino que se le impondrà tambien la sanción del delito, considerando como agravante de tercera clase aquella circunstancia".

E' no capitulo das ameaças que esse codigo (como o seu modelo — o espanhol) manda empregar o que ambos, impropriamente, baptizam com o nome de pena de caução.

O país em que este instituto é utilizado com maior largueza e frequencia é a Inglaterra. Ahi vemo-lo applicado: *a*) em relação aos individuos suspeitos de pretenderem perturbar a segurança publica; *b*) aos autores de certas ameaças; *c*) como pena accessoria, no caso de *misdemeanor* (delictos menos graves); e *d*) como subrogado da pena. Quando alguem é reconhecido culpado de um delicto, mas o tribunal entende, em vista das circumstancias, que não se deve applicar uma pena *(is inexpedient to inflict any punishment)*, póde conceder-lhe a liberdade, mediante uma caução *(recognizance)*. Esta não durará por mais de 3 annos. Durante esse lapso de tempo, fica o beneficiado adstricto a manter bôa conducta *(to be of good behaviour)* e a comparecer em juizo, em caso de necessidade. A situação destes *recognizors* — observa Cuello Calón — é algo semelhante a de que gozam os beneficiarios do *sursis* francês.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A caução póde consistir em hypotheca, fiança, ou mero compromisso solemne, como, exemplificando, debaixo de juramento.

Nas colonias inglêsas tambem vigora a *recognizance*, com funcções subrogatorias. O *New Zeeland Justices of the Peace Act* (1882) concede ao juiz o direito de exigir caução "in addition or in lieu of punishment".

Velha era no direito de alguns cantões suissos a idéa da caução. O projecto de codigo unico a esposou, como medida de natureza preventiva. Zuercher justificou-a com o exemplo inglês. Gautier com ella concordou — para repetirmos suas proprias palavras — "avec une conviction assez tiède". Na literatura desse país, franco e decidido apologista da *Friedensbuergschaft* (caução) se mostrou Pfenninger (*Strafr. d. Schweiz*, 126 e segs.). Hafter (*Lehrbuch*, 387) declara que, á mingua de dados experimentaes, é difficil affirmar-se-lhe a utilidade e efficacia.

O codigo peruano tomou como paradigma o projecto suisso, fixando, porém, o periodo de prova em maior tempo (2 a 5 annos); e disse claramente em que devia consistir a caução, mandando attender ás circumstancias do caso e ás condições economicas da pessôa. A caução, perdida, reverte em beneficio da Caixa de indemnizações. Segundo o art. 38, póde o juiz, quando impuzer ao condemnado obrigações especiaes, se lhe parecer necessario, exigir caução de bôa conducta.

O moderno codigo italiano faz da *cautio de bene vivendo* uma das medidas de segurança patrimoniaes (arts. 236-239). Ella consiste no deposito de uma somma de dinheiro, fixada pelo juiz, entre o minimo de mil liras e o maximo de vinte mil. Em vez do deposito, póde o obrigado prestar garantia hypothecaria ou fideijussoria (solidaria). A *cautio* póde ser dada por terceiros. E

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

nem sempre depende da pratica de factos que a lei haja definido como criminosos. A não prestação da *cautio* dá logar á transformação dessa medida em outra mais grave — a liberdade vigiada. Por bôa conducta se entende o não commetter o individuo, dentro do prazo da caução (um anno, no minimo; cinco em o maximo), crime ou contravenção para o qual esteja comminada pena de arresto. A periculosidade, judicialmente verificada, é requisito *sine qua* da caução.

O codigo actual do Uruguay menciona como medida de segurança preventiva a caução de não offender. E dá-lhe como conteúdo a obrigação de apresentar (o "penado") fiador abonado (art. 101). Nenhuma referencia faz a outra especie de garantia. A duração e o *quantum* da fiança são fixados pelo juiz, segundo seu prudente arbitrio. As medidas de segurança preventivas têm o maximo legal de quinze annos e o minimo de um. Applicam-se em logar da pena — dispõe o art. 103; mas, contradictoriamente, o art. 292 manda empregá-la "además de la pena". O réu que não quizer ou não puder prestar a fiança ficará sujeito á vigilancia da autoridade, por prazo prudencial.

O projecto do desembargador Sá Pereira incluia entre as medidas de defesa social o termo de segurança. Assim estava redigido o art. 254: "Se é justificado o temor de que alguem venha a commetter um crime ou manifesta a intenção de reiterar naquelle que inutilmente tentou, poderá o juiz, a requerimento do ameaçado, sujeitar a pessôa indicada á assignatura dum termo de segurança, acompanhado duma caução real ou da garantia solidaria de terceiro, que por ella possa pecuniariamente responder. Se no prazo fixado pelo juiz o termo não é assignado, a caução não é dada, ou a responsabilidade assumida, poderá o juiz impôr ao recalcitrante a pena de detenção até dois meses". Na redacção posterior do

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

projecto, foi omittido o capitulo concernente ao termo de segurança. A sub-commissão legislativa viu nisso uma lacuna e tratou de preenchê-la. Nos arts. 163 e 164 regulou a caução de bôa conducta, aliás de bom comportamento, considerada medida de segurança patrimonial (art. 154). A periculosidade do individuo é condição essencial do emprego dessa medida (art. 150). No primeiro dos dispositivos supra citados, se preceitúa: "Aos que responderem por ameaças contra pessôa determinada, ou por constantes perturbações da ordem publica, ou se envolverem repetidas vezes em rixas e desordens em logares publicos, simultaneamente com a pena, ou abstraindo da pena, imporá o juiz a caução de bom comportamento". E' de um a tres annos o prazo da caução. Esta deverá ser em dinheiro (de quinhentos mil reis a cinco contos); mas poderá ser fideijussoria, por pessôa cuja solvencia ficar provada em Juizo. Se, durante o prazo marcado, não commetter o caucionado nenhuma infracção, nem deixar de cumprir as obrigações a que se sujeitou, a caução estará extincta e o deposito será restituido (art. 164, § 2.º). No caso contrario reverterá este aos cofres publicos. A caução fideijussoria será executada.

Nota-se que as phrases — "constantes perturbações da ordem publica", "repetidas vezes em rixas e desordens em logares publicos" e "nenhuma infracção" não podem escapar á censura de demasiadamente vagas. Não é razoavel que a caução só possa ser prestada em dinheiro ou por fiança de pessôa idonea.

O projecto francês de 1932 colloca entre as medidas de segurança restrictivas da liberdade (ponto de vista que nos parece preferivel ao do codigo italiano) a caução de bôa conducta (art. 70). Póde o juiz exigí-la, quando haja receio de que o condemnado se entregue a novos excessos sobre a pessôa, familia ou bens da victima (art. 85). Deixando de prestá-la, não poderá o con-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

demnado residir no districto *(arrondissement)* em que mora a victima ou nos districtos limitrophes. A violação dessa prohibição acarretará a pena de prisão por um a seis mezes. Objecto da caução só póde ser uma somma de dinheiro. Em caso de nova condemnação por infracção praticada contra a victima ou sua familia, a importancia da caução será destinada de preferencia á indemnização da parte lesada. Depois de cinco annos, sem que se produza o prejuizo receiado, essa importancia será restituida a seu dono. Como se vê, o instituto da caução tem no mencionado projecto, uma organização que, em mais de um ponto, se differencía da geralmente adoptada. Magnol a louva, embora observe que o texto do art. 85 não indica claramente se a caução póde ser imposta em caso de condemnação por crime de ameaças.

Os projectos allemães não põem a caução de bom comportamento entre as medidas de segurança. A reforma hitleriana repelle esse instituto. Elle tambem não apparece no projecto checo-eslovaco.

Os melhores argumentos contra a caução de bom comportamento, em qualquer de seus aspectos, se acham enfeixados na exposição de motivos do projecto allemão de 1909 (pag. 46). Como pena substitutiva, sua utilidade pratica é assás diminuta. Raramente individuos responsaveis por pequenos delictos — delictos punidos com penas privativas da liberdade de curta duração — estarão em condições de prestar a caução. A medida favorece, pois, com pouca justiça, os que têm recursos pecuniarios. Tambem como remedio preventivo tem ella o mesmo senão. [18]).

---

18) Acerca deste instituto merecem lidos: Goldschmidt, *ob. cit.*, pag. 427 e segs.; Hafter, *Lehrbuch*, § 84; Matter, *Friedensbuergschaft*, Zuerich, 1909; Schierlinger, *Die Friedensbuergschaft*, 1877. O *Memorial prussiano* repelle esta medida (pag. 143).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Outra medida aventada para a substituição das alludidas penas privativas da liberdade é o perdão judicial. Muitas vezes — assim se raciocina — é preferivel deixar de punir o individuo que pela primeira vez commette um delicto, de pouca ou nenhuma importancia, do que arrastá-lo á prisão, causando-lhe graves damnos, quiçá arruinando-o social e moralmente. Ha factos delictuosos — accrescenta-se — summamente leves, para os quaes a propria pena minima prevista pelo legislador ainda é demasiada. Dahi a idéa da renuncia á punição, do perdão judicial, puro e simples ou acompanhado de uma advertencia, sem feição repressiva.

Em 1885, varios membros do senado francês (sobresahindo entre elles Michaux) offereceram á consideração de seus pares um projecto, cujo art. 1.º se achava concebido nos seguintes termos: "Dans le cas où le prévenu n'a pas encore subi de condemnation, et les peines sont, soit l'emprisonnement, soit l'amende, si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux correctionels sont autorisés, après avoir constaté l'existence du délit, à prononcer le pardon du prévenu, et à le renvoyer de la poursuite. Le prévenu pardonné pourra être condamné aux frais". Esse projecto, renovado, dois annos depois, por Labrequère, não teve andamento.

Em 1887, se cogitou de preparar a reforma do velho codigo penal. A commissão incumbida dessa delicada tarefa pôz mãos á obra, mas não logrou levá-la a cabo. Unicamente a parte geral foi concluida, só se tornando conhecida em 1893, quando publicada pela *Révue pénitentiaire*. A commissão acolheu o instituto do perdão judicial, no seguinte dispositivo (art. 66): "Dans tous les cas où, soit en vertu des dispositions de la loi pénale, soit par suite de la déclaration de circonstances, le juge serait autorisé à n'appliquer qu'une amende, il pourra, si le prévenu n'as pas encore été condamné pour crime

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

ou délit, ne pas prononcer de condamnation. Il avertira le prévenu qu'en cas de nouvelle infraction il ne devra plus compter sur l'immunité pénale. Le prévenu absous sera condamné aux dépens et, s'il y a lieu, à tous les dommages-intérêts au profit de la partie civile".

Alguns annos passados, em setembro de 1917, foi submettido ao senado outro projecto de "loi du pardon". Após amplos e brilhantes debates, foi elle regeitado por 130 votos contra 110. Seus autores, os senadores Cheron e Cauvin, voltaram á carga, no anno seguinte, mas não obtiveram maiores resultados.

O ante-projecto de revisão, organizado por uma segunda commissão, sob a presidencia do procurador geral M. Matter (1930), reeditou o dispositivo supra, ligeiramente modificado. Assim, a phrase — "ne pas prononcer de condamnation" foi substituida por esta outra — "prononcer son absolution par décision spéciale et motivée". Em vez de — "il ne devra plus compter sur l'immunité pénale", se disse — "il ne pourra plus beneficier d'un nouveau pardon". A maioria da commissão foi, entretanto, contraria á admissão do perdão. Reputou-o inutil e perigoso. Cumpre assignalar que, segundo o systema do ante-projecto, não são sómente crimes de pouca gravidade os comprehendidos no beneficio. Magnol, em seu relatorio, observou que a exigencia de decisão especial e motivada era barreira bem fragil; e suggeriu a suppressão do dispositivo que consagrava o novo instituto.

Os projectos allemães, desde o de 1909, dispõem que, em casos especialmente leves, podem os tribunaes attenuar livremente a pena, ou deixar de applicá-la, quando isso lhe é expressamente concedido. Como casos da alludida especie são definidos aquelles que, pela insignificancia das consequencias do acto illicito e pela pequenez do dolo, se mostram excusaveis, de modo a parecer a pena ordi-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

naria nimiamente rigorosa. No de 1930, o relativo § está assim redigido: "Quando o juiz, em casos especialmente leves, póde prescindir da pena, é estabelecido expressamente pela lei. Occorre um caso especialmente leve, quando a culpabilidade do autor é tão diminuta e as consequencias do facto são tão insignificantes que não se manifesta a necessidade de punição". A faculdade discricionaria outorgada ao juiz ou tribunal tem applicação em todos os casos especialmente leves de contravenções.

Em seu celebre projecto preliminar, o insigne criminalista Ferri incluiu, como applicação logica e final da suspensão da pena, o instituto do perdão judicial. Se o juiz — argumenta elle — reconhecendo, pela modalidade do delicto e pelas condições pessôaes do delinquente, a menor periculosidade deste, póde suspender por um periodo de prova a execução da condemnação, é natural que possa exonerar completamente da sancção o individuo que não lhe pareça perigoso e que apresente muito poucas probabilidades de recaída no delicto. Em casos dessa ordem juizes e jurados, principalmente estes, recorrem a expedientes artificiosos e sem sinceridade para deixar impune o accusado. E' melhor tomar a estrada larga e recta do perdão judicial. O art. 82 do projecto preceitúa: "A colui che sia dichiarato responsabile di un solo delitto e non sia stato altra volta condannato alla segregazione semplice o rigorosa, ancorchè sia intervenuta amnistia o riabilitazione, quando in suo favore concorrano eccezionali circostanze di minore pericolosità oppure il delitto sia molto lieve e sottoposto a sanzione inferiore alla segregazione semplice, alla detenzione rigorosa od alla casa di lavoro o colonia agricola per minorenni, il giudice può accordare il perdono".

Posição diametralmente antagonica assumiu outro notabilissimo corypheu da escola positiva, o professor

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Florian. Para elle, o perdão judicial vae de encontro aos principios que inspiram o positivismo. E' um enigma. Não se explica, a seu ver, que o individuo tido como culpado de um delicto acabe sendo absolvido, pura e simplesmente, de toda responsabilidade. O perdão representa a exageração do sentimentalismo e torna, relativamente a certos delictos, illusoria a repressão.[19]).

O codigo fascista só em limites muito acanhados admittiu o perdão judicial. A primeira das condições é que se refira a menor de 18 annos. Trata-se de uma protecção especialissima, destinada a salvar da perdição seres ainda susceptiveis de se encaminharem para o bem — "sulla via della rettitudine e della onestà".

Em seu relatorio, escreveu o ministro Rocco: "Soltanto la grave e specialissima considerazione di contribuire in tutti i modi a risolvere l'assillante problema della delinquenza minorile, valse a indurmi ad accogliere nel progetto l'istituto del perdono giudiziale *(Lavori preparatori*, V, 1, 220).[19-a]).

O recente codigo do Uruguay dá aos juizes a faculdade de não applicarem pena alguma (perdão judicial) em casos que taxativamente indica. Não se percebe bem qual o principio que guiou o legislador da republica visinha na selecção desses casos.

No direito anglo-americano se encontra o instituto denominado "discharge", por força do qual póde o juiz, quando lhe pareça que o accusado não precisa senão de um "nominal punishment", mandá-lo que se vá em paz (para servirmo-nos de uma expressiva phrase nossa),

---

19) *Trattato di dir. pen.*, II, n.º 672.

19-a) As opiniões acerca do acolhimento desse instituto eram discordantes. Porisso se acceitou uma formula de conciliação, reduzindo-o ao menos possivel. Veja-se a critica de A. Battaglia, no artigo *Il perdono giudiziale*, inserto na *Scuola positiva*, 1933, pag. 485.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

"without taking any veredict". O livramento póde ser concedido pura e simplesmente ou mediante condição.

Outras legislações *(exempli gratia,* a genebrina) conhecem o perdão judicial.

Não é de admirar, deante de tantos precedentes, que o projecto da autoria do desembargador Sá Pereira haja procurado nacionalizá-lo no direito patrio. O art. 132 assim prescrevia: "Nos casos em que expressamente se permitta a livre attenuação da pena, nem ao genero, nem ao minimo especifico da mesma estará adstricto o juiz, mas lhe não transporá o minimo generico. Motivando a decisão, poderá, entretanto, abster-se de qualquer pena nos casos levissimos, punidos sómente com multa, ou com detenção por menos de um mez". A sub-commissão legislativa se limitou a emendar, dando-lhe construcção mais elegante, uma das phrases desse texto.

A respeito do poder conferido ao juiz de perdoar ou de não impôr pena alguma, ao chamado perdão judicial, andam desavindas as opiniões dos mais reputados criminalistas. Ha quem por elle mostre francas sympathias [20]) e quem, mais ou menos decididamente, o combata. [21]). Hafter, em seu optimo livro, entende que a

---

20) Dorado Montero, *El derecho protector de los criminales,* II, pag. 179; Cuche, *Science pénitentiaire,* pag. 236; José Antón Oneca, em sua excellente monographia *El perdón judicial,* Madrid, 1922. O congresso penitenciario de Londres se manifestou de modo favoravel a esta medida.

21) Garraud, *Traité,* II, 445; U. Conti, na *Enciclopedia,* de Pessina, IV, 582; Birkmeyer, *Das Absehen von Strafe, dritter Beitrag zur Kritik des deutschen Vorentwurfs,* 1910; Gerland, *Der Entwurf 1925,* Berlin, 1925, pag. 92. A conferencia dos juristas allemães realizada em Bamberg em 1921 se pronunciou, por pequena maioria (42 votos contra 39), infensa a este instituto. Rosenfeld, em sua disssertação *Welche Strafmittel koennen an die Stelle der kurzeitigen Freiheitsstrafen gesetz werden?,* p. 84, observou muito bem que "a completa impunidade de um individuo culpado era sempre cousa repugnante, até perigosa". *O Memorial prussiano* permitte que o juiz, nos casos especialmente leves, com annuencia do M. P., se abstenha de applicar qualquer

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

idéa não está sufficientemente amadurecida para ser consignada na parte geral dos codigos. Mostra-se elle receioso do demasiado arbitrio confiado aos tribunaes.[22]).

A acreditar no vaticinio de um eminente escriptor espanhol, ao instituto do perdão judicial está reservado explendido futuro.

Têm-se opinado que, para evitar os inconvenientes das penas privativas da liberdade de curta duração, o mais acertado seria, não extinguí-las ou substituí-las, mas torná-las mais rigorosas em sua execução. Tem-se, por outro lado, proposto a elevação dos minimos de taes penas. Observa-se, de tempos a esta parte, em quasi todos os países, pronunciada tendencia ao alargamento, extensivo e intensivo, da pena pecuniaria (multa). Aumentam os casos em que essa pena é applicada. E assim diminue o emprego da pena privativa da liberdade, especialmente da de pequena duração.[23]).

---

pena. Para caracterizar o caso especialmente leve, attende elle exclusivamente á culpa do autor (pag. 121). Siegert, nos seus *Grundzuege* (pag. 69), acha preferivel a formula do projecto de 1927, que toma em consideração tambem as consequencias do facto.

22) *Lehrbuch d. schw. Strafrecht*, pag. 190.

23) Kriegsmann, *Einfuehrung in die Gafaengniskunde*, pag. 319, é dessa opinião: "Nos casos bastante numerosos em que o individuo condemnado condicionalmente não corresponde ás esperanças nelle postas, assim como naquelles em que, attendendo-se á personalidade do accusado, não pareça conveniente outorgar-lhe a suspensão da pena, teremos de applicar as penas curtas. Como remedio se offerece, em primeiro logar, a suppressão das penas mais curtas, elevando-se o respectivo minimo; e, em segundo, a intensificação da coacção penal, de modo a elevar quanto possivel a efficacia dessas penas". Em identico sentido: Heilborn, *Die kurze Freiheitsstrafe*, 1908, pag. 42 e segs. O minimo das penas privativas da liberdade varia bastante nas diversas legislações, indo de 1 dia (Inglaterra, Hungria, Hollanda) a um mez (Suecia, Japão). Em nosso país, onde as penas curtas dessa natureza são raras (como bem notou Goldschmidt), é elle de cinco dias (cod. pen., arts. 15, 382 e 392). No projecto da sub-commissão legislativa, a detenção tem o minimo de 8 dias. E' convicção geral entre os escriptores da materia que as penas de curta duração devem ser cumpridas em segregação (prisão cellular).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Não poucos escriptores (Wach, Lammasch, v. Calker, Ebermayer e outros), embora reconheçam que as penas desta especie precisam ser reformadas, as reputam indispensaveis. Nota Goldschmidt que, comquanto o assumpto haja sido ventilado em varios congressos penitenciarios, ainda nenhum delles proferiu uma condemnação formal de taes penas.[24]).

A duração das penas privativas da liberdade constitue um dos mais importantes e discutidos problemas em materia de organização desses meios de punição. E' idéa pela qual se batem numerosos escriptores a da determinação *a posteriori* da medida de taes penas. Taxam elles de absurda a fixação prévia dessa medida, pois não se póde de antemão saber qual o effeito que a pena virá a produzir em sua applicação á pessôa do delinquente. E argumentam que a condemnação, *ad instar* do recolhimento de um enfermo a uma casa de saúde, deve durar até que a cura seja completa. Que, segundo o systema dominante da determinação antecipada da pena, se verifica, quando da execução, que muitos condemnados soffrem maior castigo que o necessario e outros são restituidos á liberdade antes que se encontrem em condições de reingressar ao seio da communhão social. Que a determinação do *quantum* da pena na phase de seu cumprimento é consequencia logica e forçosa do principio da correção e emenda do criminoso.

Alguns dos referidos escriptores propugnam uma indeterminação *a priori* absoluta, deixando ou não aos tribunaes a escolha do genero da pena. Outros se satisfazem com uma indeterminação simplesmente relativa. As penas relativamente indeterminadas têm minimo e maximo: antes do primeiro não póde o réu ser solto; depois do segundo, não é licito conservá-lo preso. Esses gráus são fixados para cada genero de pena ou os esta-

24) *Ob. cit.*, pag. 623.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

belecidos para os crimes em especie. Ha quem se contente com uma indeterminação limitada ao gráo minimo. [25]).

Contra a indeterminação absoluta é que têm sido dirigidos os mais vehementes ataques. Muitos delles — talvez a maior parte — vão ferir tambem a indeterminação relativa.

Objecta-se que a indeterminação da pena põe em grave risco a segurança, os direitos do individuo. Que, no systema em vigor, a fixação da pena é entregue a juizes independentes, no processo principal; ao passo que, no das penas indeterminadas, essa delicada tarefa se confia, durante a execução, a funccionarios administrativos, sem as indispensaveis garantias de imparcialidade e rectidão. Que só aquelles possuem, no alludido processo, elementos seguros para a fixação da medida penal. Que essa fixação, desde que não esteja sujeita á fiscalização dos tribunaes e da opinião publica, só servirá para abalar a confiança na administração da justiça. Que o bom comportamento do sentenciado na prisão não constitue criterio que sirva para a determinação da quantidade da pena. Que esse comportamento é tambem indice pouco valioso da vida que o mesmo sentenciado levará no futuro.

Outros argumentos, de ordem doutrinaria, são adduzidos contra o indeterminismo da medida penal. Allega-se que elle se não concilia com o caracter retributivo da pena. E que não corresponde ás exigencias da prevenção geral.

Os partidarios da pena de duração indeterminada procuram refutar esses e outros argumentos trazidos *ex adverso* á discussão. Relativamente ao perigo a que fica exposta a liberdade individual — o mais ponderoso desses argumentos — respondem elles que a alludida

---

25) Luis Jiménez de Asúa, *La sentencia indeterminada*, Madrid, 1913, pag. 80 e segs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

pena póde ser organizada de modo a offerecer as mais solidas garantias ao sentenciado. Que é erroneo suppôr que sobre a sorte deste decidam discricionariamente os funccionarios da administração publica. Que o que se passa nos países onde já foi acolhida essa especie de pena demonstra quão infundados são os temores dos que a combatem. Reconhecendo a procedencia da objecção, o professor Jiménez de Asúa, em sua exhaustiva monographia sobre o assumpto, propõe a adopção de diversas medidas, destinadas a assegurar os direitos do condemnado. Freundental lembra a possibilidade da creação de tribunaes de recursos, de uma instancia de appellação.

Não ha negar que, organizada com o cuidado de não deixar sem a devida protecção os direitos do individuo, a pena a tempo relativamente indeterminado não merece a ogeriza que lhe tem votado muitos escriptores, pertencentes ás mais diversas escolas, principalmente francêses (Tarde, Garçon, Roux, Hugueney). Essa pena é tão retributiva quanto a absoluta ou relativamente determinada. A sua efficacia não é menor.

Asseverou-se que, adoptados por uma legislação o livramento condicional e o *sursis*, inutil se tornava a indeterminação relativa da pena, a chamada sentença indeterminada.[26]). Com toda razão, v. Hamel, improvando esse modo de pensar, lhe demonstrou a erronia. Entre esses tres institutos, as differenças não são poucas, nem pequenas. Cada qual delles serve a situações assás dissimilhantes.[27]).

---

26) G. de Mauro, *La peine a temps indeterminée*, na *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1929, pag. 225 e segs.

27) O notavel criminologista hollandês, em seu relatorio ao congresso penitenciario de Bruxellas (*Actes*, II, pag. 535), disse, resumindo a sua opinião: "En somme, la sentence indéterminée est le couronnement, je dirais même le supplément nécessaire de l'institution de la libération conditionnelle. Lá libération conditionnelle, pour bien remplir sa fonction, devra être ratachée à la sentence indéterminée".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A idéa da pena indeterminada tem antecedentes historicos antigos. Alguns escriptores vão descobrí-los na legislação penal da Igreja, durante a edade média. Outros, na Constituição criminal de Carlos V (1532). Pelo que esta dispunha, pessôas que fizessem receiar a pratica, no futuro, de crimes podiam ser encarceradas por tempo indeterminado, para a segurança do país e da população (arts. 108, 175 e 195). Discutiu-se muito, posteriormente, qual a verdadeira natureza dessa medida. E tambem quem devia ser o competente para decretá-la. Apesar das dissenções sobre estes dois pontos, a privação da liberdade por tempo indeterminado foi largamente empregada. Segundo a Thereziana (1768), podiam os reincidentes e criminosos habituaes ser punidos por tempo indefinido. Só o minimo da pena era fixado. Quanto ao maximo, dependia da emenda do condemnado. A' vista de relatorios periodicos, deliberava o Tribunal superior se a pena devia ou não continuar. Ao findar o seculo XVIII, vigorava nas leis prussianas e nas de outros Estados allemães a pena de privação da liberdade por tempo indeterminado. Consagrou-a o codigo bavaro de 1813 (arts. 11 e 12), que foi seguido por outras legislações territoriaes da Allemanha. Sómente em meado do seculo XIX essa pena desappareceu dos codigos desse país. Fóra delle, não era de todo ignorada a idéa da pena de duração não prefixada.

Foi, porém, na America do Norte que ella encontrou terreno propicio á sua implantação e ao seu desenvolvimento. Em 1867, o dr. Wines (influenciado pelo que escreveu o bavaro Obermayer) e o professor Dwight, em relatorio apresentado á assembléa legislativa de Nova York, sustentaram a conveniencia da substituição das penas fixas por penas de tempo indeterminado. Quando, no anno seguinte, se pensou em construir novo estabelecimento para o cumprimento das penas de prisão, foi

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

suggerido o alvitre da creação de um reformatorio, em que os criminosos permanecessem até sua completa emenda. Assim se resolveu. Teve-se, todavia, o cuidado de afastar a indeterminação absoluta: estabeleceu-se para a pena o maximo de 5 annos.

Em 1869, se decidiu a fundação do reformatorio, que havia de tornar-se universalmente afamado, de Elmira. Nada menos de sete annos decorreram até que elle pudesse ser inaugurado, recebendo os primeiros detentos (em numero de trinta), vindos de Auburn. Nesse intervallo, se realizou o congresso penitenciario de Cincinati, que, entre outras resoluções, tomou a seguinte: "As sentenças fixas devem ser substituidas por sentenças indeterminadas. A applicação da pena não deve terminar com a expiração de um simples lapso de tempo, mas mediante prova sufficiente de reforma moral".

Por uma lei novyorkina de 1877 a *indeterminate sentence* entrou a formar parte essencial do instituto de Elmira. Dirigia-o então um homem de excepcionaes qualidades, talhado para tão espinhosa tarefa — Zacharias Brockway. Tamanho foi o renome conquistado por esse estabelecimento que, em 1907, dezesete Estados da União — os de maior progresso e cultura — possuiam outros do mesmo genero *(reformatory system)*. O exemplo se alastrou.

O pensamento dominante do recem-inaugurado systema era a correção (reforma moral) do internado. Este devia ter mais de 16 annos e menos de 30. Exigia-se que não houvesse soffrido anteriormente condemnação por crimes graves. Duas medidas serviam principalmente ao fim collimado — a indeterminação (relativa) do tempo de permanencia no estabelecimento e a possibilidade da soltura condicional. A organização do ensino e do trabalho obedecia á preoccupação de rehabilitar o delinquente.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Com o correr dos annos, as duas medidas se estenderam ás *State Prisons*. Quando, ha alguns annos, Edgard Foitin visitou os estabelecimentos penitenciarios da União Americana, os methodos de execução das penas naquellas prisões e nos reformatorios eram, em geral, identicos. Em diversas prisões, bôa parte dos detentos se compunha de individuos de menos de 30 annos. E havia em reformatorios internados de mais do que essa edade. *De jure*, os reformatorios só deviam receber "first offenders". Na pratica isso não acontecia. Em Elmira, no biennio de 1925 a 1926, 75 % dos detentos já haviam sido condemnados por crimes graves, alguns por varias vezes.

Depois do congresso de Cincinati, entrou a idéa das penas de duração indeterminada a constituir objecto de vivos e calorosos debates. Com ellas se occuparam os congressos penitenciarios de Stockolmo (1878), Roma (1885), Bruxellas (1900), Washington (1910) e Londres (1925). No que se reuniu na capital belga, discutiu-se a que classe de criminosos era susceptivel de ser applicada essa especie de pena e como poderia ser realizada. Notaveis pareceres offereceram Bailly, Barrows, Spalding, Follet, Conti, Gauckler, van Hamel, Ruggles-Bise e outros. O congresso, depois de luminosos debates, na secção, onde se fez ouvir o delegado official do Brasil (desembargador Bezerra Moraes),[28]) approvou as the-

---

28) Assim se externou o nosso representante a respeito do reformatorio de Elmira: "Pour repondre au désir de la Commission, j'ai passé pour les États-Unis, en venant de mon pays; j'y ai visité le Reformatory d'Elmira, le plus ancien et le premier aussi où a eté mis en pratique le système de la sentence indeterminée. Je l'ai visité avec beaucoup d'interêt, j'ai vu tout, j'ai obtenu de son illustre directeur M. Brockway, tous les renseignements que j'ai jugès nécessaires; et, messieurs, je n'ai rien vu qui puisse faire préferer le systéme des Reformatories americains aux systèmes appliqués en Europe. J'ai vu même au Reformatory d'Elmira la promiscuité dans les cellules de nuit. Les métiers

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

ses formuladas por Mans. Foi repellido o systema das penas indeterminadas.

Estava-lhe, porém, destinado pleno exito nos congressos seguintes. Em Washington, depois de porfiada discussão, foi tomada esta importante resolução: "O congresso approva o principio scientifico da sentença indeterminada". Attribuiu-se esta victoria á predominancia numerica dos americanos na assembléa. Em Londres, obteve o systema a confirmação de seu triumpho. Respondendo á terceira questão da primeira secção, disse o congresso ahi reunido, por votação unanime *(unanimously)*: "A sentença indeterminada é consequencia necessaria da individuação da pena. Ás leis de cada país compete determinar se e em que casos deve ser previamente fixado um maximo á pena indeterminada".

Tambem a União Internacional de Direito Penal tratou, em varias de suas reuniões, com todo desvelo, do assumpto. Na de Paris, figurou elle na ordem do dia. Propoz então v. Hamel que aos incorrigiveis fossem applicadas penas absolutamente indeterminadas. v. Liszt o secundou. Em consequencia da opposição levantada por Levellé, Prins e outros, não conseguiu a proposta ser submettida a votação. Na reunião de Antuerpia um dos themas de estudo foi — a que categorias de criminosos póde ser applicado o systema das penas indeterminadas? O primeiro relator — Gautier — opinou que sómente em certos estabelecimentos (casas de trabalho, asylos para bebedos, etc.) podia essa especie de pena ser adoptada. O segundo — Prins — só a admittia em relação a menores e individuos em estado pathologico. Tambem não houve como chegar-se a uma conclusão.

---

qu'on apprend aux condamnés sont tout a fait comme en Belgique, en France et en d'autres pays d'Europe... Je prefère le système europeen (*Actes*, I, pag. 218)".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Nos congressos de anthropologia criminal de Bruxellas (1892), Genebra (1896) e Colonia (1911), discutiu-se a questão das penas indeterminadas. No ultimo, principalmente, animados foram os debates. Nelles tomaram parte Gleispach, Thyrén, v. Hamel e outros. Esse congresso se manifestou no sentido da applicação das ditas penas aos delinquentes inadaptaveis á sociedade, frisando que se devia entender como indeterminada a pena cuja duração, variavel em extremos muitos amplos, ficasse dependente do progresso da emenda (readaptabilidade) do condemnado.

Em nosso país, com este importante assumpto se occuparam o primeiro congresso juridico e o commemorativo da independencia brasileira. Neste ultimo, á these — póde ser adoptada no codigo penal brasileiro a pena relativamente indeterminada, para os criminosos corrompidos e corrigiveis, como medida geral uniforme para todo o país, tendo-se em vista a competencia legislativa dos Estados, nos termos da Constituição? deu a illustre assembléa resposta affirmativa.

Varios criminalistas patrios se têm pronunciado em pról da sentença (relativamente) indeterminada. Citaremos Lima Drummond, Esmeraldino Bandeira, Ribeiro de Araujo, João Chaves e Lemos Brito. O penultimo, em sua magnifica obra *Sciencia penitenciaria,* escreveu: "... aconselhamos que a sentença indeterminada como pena de reforma seja *relativa* com um maximo longo geral fixado pela lei e um minimo, condição de toda indeterminação penal, delimitado pelo juiz, conforme a natureza dos delinquentes; e que como pena de segurança seja *absoluta,* podendo neste caso o minimo ser traçado pela propria lei. E' bom não esquecer, entretanto, que essa distincção para a applicação da indeterminação relativa aos criminosos corrigiveis só tem razão de ser

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

emquanto não estiver feita a reforma dos nossos habitos tradicionaes, de nossa educação scientifica e do novo apparelho administrativo e penitenciario, que as transformações do direito penal estão a impôr ha muito tempo". O ultimo em seu Plano geral de reforma apresentada ao governo federal aconselhou a adopção de pena indeterminada. [29]).

O problema dessa especie de penas dá logar a uma longa série de difficuldades. Assim, exemplificando: devem ser fixados previamente um maximo e um minimo? simplesmente o primeiro? sómente o segundo? a quem deve competir a decisão relativa á terminação da pena e soltura do condemnado? ao juiz, á administração dos estabelecimentos ou a corpos mixtos? como estes hão de ser compostos? como deve ser organizada a execução dessa pena? quaes as medidas complementares? a que classes de delinquentes póde ella ser applicada? essa applicação será obrigatoria ou facultativa? Como se vê, são questões de maxima complexidade e relevancia.

A fixação *a priori* dos dois extremos é o processo mais aconselhavel e seguido: com o maximo se visa garantir a liberdade, o direito do condemnado; com o minimo, a segurança da sociedade, que póde ser posta em perigo pelo livramento demasiadamente prematuro do delinquente. As leis americanas, em sua grande maioria, só estabelecem um maximo — o comminado para o respectivo crime (§ 687 a do codigo penal de Nova York) ou um maximo geral (Massachusetts, *Revised laws*, cap. 220, § 229). Poucos Estados (Ohio, Indiana, etc.) fixam tambem um minimo.

No que concerne á competencia para a designação do momento terminativo da pena, isto é, da restituição

---

29) *Les prisons du Brésil*, Rio, 1930, pag. 5.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

do condemnado á liberdade, pretenderam alguns (entre elles, Kraeplin e Saleilles) entregar essa delicada missão á administração penitenciaria. Reconheceu-se, porém, desde logo que as garantias offerecidas por esse systema eram assás precarias. Cogitou-se então de outro — o judicial. Deviam os tribunaes resolver, não só sobre a prova do facto e escolha da pena, mas tambem sobre a occasião da soltura, isto em segundo julgamento, provocado pela administração do estabelecimento ou commissões mixtas. Este systema teve por defensor o criminalista v. Hamel, que depois, reconhecendo quanto seria embaraçoso realisá-lo praticamente, o repudiou. Pensou-se em seguida em um terceiro — o de commissões mixtas. Desencontradas foram as opiniões a respeito das pessôas que as deviam compôr. Para v. Liszt, dellas deviam fazer parte o director do estabelecimento, o procurador geral, o juiz de instrucção e duas pessôas de confiança, nomeadas, por dois ou cinco annos, pelo governo. Taes pessôas poderiam ser tiradas das associações de patronato, dos corpos administrativos ou dentre os especialistas *(Theoretiker)* de direito penal. Gautier achou que o procurador geral e o juiz de instrucção deviam ser excluidos. Aschaffenburg lembrou que as commissões deviam ser formadas de directores das prisões, juizes, representantes do M. P., sacerdotes, medicos e leigos (representantes das associações de patronato). O professor Jiménez de Asúa escreveu que o ideal, em semelhante materia, lhe parecia o seguinte: as commissões, escolhidas com o maior cuidado, deviam ser divididas em tres corpos (medico-anthropologico, juridico e administrativo). Esses corpos, constituidos, o primeiro de medicos e anthropologo-criminalistas, o segundo de magistrados, pessôas entendidas em direito penal e advogados (inclusive o accusador e o defensor) e o terceiro de representantes do M. P., dos directores e altos

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

funccionarios do estabelecimento, elaborariam, separadamente, os seus relatorios. Estes, apresentados ao juiz ou tribunal da primeira sentença, serviriam de base á segunda. As commissões ou cada um de seus corpos poderiam reclamar, perante as autoridades judiciarias superiores, contra as decisões que não lhes parecessem justas.

Como se conclue do que fica expendido, o desaccordo é muito grande. A suggestão do emerito professor madrilense, sem duvida a mais completa, esbarra deante de grave defeito: a necessidade da intervenção de crescido numero de pessôas. As commissões numerosas (já o observou Freudenthal) raramente funccionam bem.

Na America do Norte, sómente em dois Estados a decisão acerca do livramento do condemnado *(release on parole)* é confiada a um unico funccionario da administração. Nos outros, existem *collegios* (*Parole Board*), formados com pessôas mais ou menos respeitaveis *(representative citizens)*, das quaes, em regra, não faz parte o director do estabelecimento. A este assiste apenas o direito de apresentar a proposta. Em Ohio, com o capellão do estabelecimento.

E' superfluo encarecer a importancia de que se reveste, para a efficacia da pena determinada *a posteriori*, a composição das commissões. Os norte-americanos não têm dedicado a este ponto a merecida attenção. A isso se deve attribuir, em bôa parte, o phenomeno, observado por Foltin, do arrefecimento do antigo enthusiasmo pelas sentenças indeterminadas.

No que respeita á maneira como hão de ser executadas as penas dessa natureza, concordam os penologistas em recommendar estabelecimentos especiaes, semelhantes aos reformatorios norte-americanos. O regime interno deve ser o progressivo, separados os detentos em diver-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

sas classes, conforme a edade, sexo, indole do facto praticado, etc. Vigora nos alludidos reformatorios — mixtos de penitenciarias e *reform-schools* — o systema de gráus (em regra, 3 ou 4) e de marcas. Todos os meios adequados á transformação do delinquente em individuo capaz de viver pacifica e honradamente na sociedade são utilizados.

A medida complementar mais importante da pena indeterminada é o livramento condicional. v. Hamel o reputou, com razão, elemento essencial do systema. E assignalou a possibilidade de sua reiteração, ao inverso do que acontece no caso da pena fixa.

Estão todos quantos se têm occupado do assumpto convencidos de que a bôa applicação da pena de duração determinavel *a posteriori* exige estabelecimentos apropriados, juizes que possuam conhecimentos especializados e funccionarios escrupulosamente seleccionados, competentes e dedicados.

Em relação a que categorias de delinquentes deve ser empregada a pena indeterminada? Divergem muitissimo as respostas. Numerosos penologistas (entre os quaes quasi todos os norte-americanos) entendem que ella deve ser applicada á generalidade dos delinquentes. São deste parecer Kraeplin, v. Liszt, Gleispach, Dorado Montero, Jiménez de Asúa e muitos mais. A maioria dos autores, porém, restringe, mais ou menos, o ambito dessa applicação. Freudenthal e Rosenfeld, por exemplo, a admittem exclusivamente em referencia a menores. Sichart, Gautier, Zuecker e outros unicamente em relação aos delinquentes mais perigosos.

Comquanto adversarios da idéa indeterminista, escriptores ha que transigem em acceitá-la, mas limitada á detenção posterior ao cumprimento da pena fixa, detenção complementar e necessaria, em se tratando de criminosos reincidentes, habituaes ou perigosos.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Em meio de tamanha disparidade de opiniões, preferivel se nos antolha a que não distingue. A pena indeterminada se presta a diversos fins. Não ha razões plausiveis para circumscrever-lhe o emprego a esta ou aquella classe de criminosos.

Deve esse emprego ser obrigatorio ou facultativo ? Póde a lei dispôr desde logo que a pena seja cumprida sem prazo determinado (como faz, por exemplo, o codigo de Nova-York, em relação aos delinquentes primarios, condemnados ás Prisões do Estado *(State Prisons)* ou deixar que o tribunal delibere a respeito. Na União americana, é este o processo geralmente seguido. E tambem em Nova Galles do Sul e em Nova Zelandia.

Vejamos, em brevissimo apanhado, como o instituto da pena indeterminada tem sido recebido pelas legislações do mundo civilizado. Começaremos pela norueguêsa. E' uma das mais adeantadas. Obedece, em varios pontos, aos postulados da moderna politica reformadora.

Dispõe o § 65 do codigo penal *(Borgerlig Straffelow*, de 1902) : "Se alguem houver commettido dois ou mais crimes ou tentativas criminosas, punidos pelos arts. 148 ..., poderá o tribunal propôr aos jurados a questão de saber se o autor desses actos, em virtude da natureza dos crimes, dos motivos que os determinaram, dos instinctos que revela, deve ser considerado como especialmente perigoso á sociedade ou á vida, saúde e bens dos particulares. No caso de resposta affirmativa, poderá a sentença declarar que o accusado será conservado preso (*en état d'arrestation*, consoante a traducção francêsa). Esta detenção supplementar, que não começará a correr senão após o dia em que a pena houver terminada, durará tanto tempo quanto seja necessario, mas não poderá exceder ao triplo da duração da pena, nem á de 15 annos".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Como resulta da leitura deste dispositivo, exige o legislador norueguês, para que o individuo seja declarado perigoso, a pratica de dois crimes pelo menos. E aponta taxativamente quaes devem ser esses crimes. Não é necessario que tenha havido anterior condemnação. A sentença estabelece apenas a possibilidade da detenção ulterior. Essa detenção, de accordo com a lei de 12 de dezembro de 1903, é resolvida, sobre a base de dados colhidos durante a execução da pena ordinaria, por um *collegium,* nomeado pelo soberano. Manda a citada lei que cada anno se renove o julgamento acerca da necessidade de continuar ou não a detenção.

Como bem frisou Goldschmidt, a providencia consagrada no § 65 supra transcripto é mais uma medida de segurança do que uma pena. Entretanto, como pena indeterminada foi ella qualificada na admiravel exposição de motivos do projecto desse codigo.

Um codigo que esposou francamente a idéa indeterminista foi o peruano. Seu art. 11 está assim redigido: "La pena de internamiento será absolutamente indeterminada más allá de un minimum de veintecinco años. Se cumplirá en una sección de la penitenciaria central, con trabajo obligatorio y aislamiento celular continuo, durante el primer año. En los años seguientes el trabajo será colectivo entre los condenados á la misma pena". O art. 13 dispõe que a relegação poderá ser indeterminada ou a tempo fixo.

Na exposição de motivos desse codigo se tecem os mais rasgados encomios á indeterminação: "La pena ideal es, sin disputa, la absolutamente indeterminada, como el gobierno ideal de los hombres es aquel en que todos pueden alcanzar la realización de su bienestar y de sus derechos. La pena indeterminada es la única razonable, la única pena, puede decirse. Una medida represiva á tiempo fijo es arbitraria, injusta, sin sentido,

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

porque representa una reacción ciega que sustrae á la penalidad su base ó su substancia".

Depois de tão fervoroso panegirico, deixa a exposição de motivos escapar esta desanimadora confissão: "Pero la pena indeterminada exige un estado de cosas que, seguramente, no poseen todavía muchas adelantadas nacionaes. Suprimir la determinación de la clase de pena y la de su duración y dejar la función judicial reducida á reprimir en principio, sería, en la situación actual, sumamente peligroso para las naciones que no tuvieren sistemas penitenciarios organizados con la perfección necesaria. La indeterminación penal ha vencido en la ciencia y comienza timidamente su camino en la práctica como todas las grandes instituciones juridicas". E reconhece que as innovações introduzidas são de certo modo audazes para as condições do país.

Applica o codigo peruano a relegação em penitenciaria agricola, por tempo absolutamente indeterminado, não menor do que o maximo da pena correspondente ao delicto: *a*) aos autores e coparticipantes de mais de tres delictos reprimidos com penas privativas da liberdade, sendo uma dellas, ao menos, *penitenciaría* ou relegação, delictos, entre si independentes, que hajam sido praticados em tempos diversos; *b*) aos reincidentes que merecerem pela terceira vez *penitencíaria* ou relegação, quando, além do numero de delictos, pela natureza e modalidade dos mesmos, moveis e genero de vida, forem declarados especialmente perigosos. A declaração de periculosidade exige que o ministerio publico expenda as razões que a justifiquem. O tribunal deverá pronunciar-se a respeito della em acto especial e por voto unanime. A sentença que impuzer a relegação (ou o internamento) por tempo indeterminado requer tambem unanimidade.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Nos casos dos arts. 289, 290 e 291 (traição e attentado contra a segurança militar), quando os crimes são perpetrados com o fim de lucro ou por motivos torpes *(innobles)*, applica o mesmo codigo o internamento por tempo indeterminado. E mais em algumas hypotheses de homicidio, de summa gravidade. Nellas, a sentença precisa ser unanime.

No projecto de reforma de autoria do senador Cornejo e do deputado Plácido Jiménez, se acha adoptada a pena de presidio, applicavel ao criminoso intrinsecamente perigoso e recalcitrante (art. 43), sem maximo prefixado. O minimo é de 20 annos.

Outro codigo, tambem americano, que conhece a pena indeterminada é o de Costa Rica (1924). O presidio — a sua pena mais rigorosa — póde ser a tempo fixo ou não. O presidio indeterminado é imposto no homicidio qualificado (art. 243), no roubo com homicidio (art. 374), na traição com aggravante (art. 433) e em outros casos, nestes alternativamente com presidio temporario.

O projecto Ferri, que sob o nome de sancções comprehendia as penas e as medidas de segurança, as repartia em tres classes: as da primeira (exilio, segregação simples, etc.) podiam ser relativamente indeterminadas, com um maximo e um minimo; as da segunda, (segregação rigorosa, detenção da mesma natureza, etc.), absolutamente indeterminadas, com um maximo; e as da ultima (casa de custodia, manicomio criminal), eram sempre absolutamente indeterminadas.

Pelo projecto cubano (Ortiz), o presidio, o encarceramento e outras "sanciones reclusivas" podem ser a tempo absolutamente indeterminado, com um minimo que varia entre 2 a 10 annos.

Tambem o projecto checo-eslovaco acceita a pena indeterminada, mas em limites muito restrictos: sómente

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

no caso de individuos, que não tenham ultrapassado a edade de 30 annos, susceptiveis de emenda e sujeitos á prisão (casa de correcção), por mais de 1 anno e menos de 8. A duração effectiva da pena — dispõe o final do § 67 — será determinada de conformidade com os resultados da educação (emenda ou correcção). Competente para a determinação é o tribunal do estabelecimento (composto de tres membros, um dos quaes magistrado, nomeados, por tres annos, pelo ministro da justiça). Manda o projecto crear estabelecimentos proprios para o cumprimento da pena indeterminada; e attribue ao tribunal a faculdade de transferir o detento, verificada a inefficacia do regime especial, para uma prisão ordinaria.

Os projectos suissos e allemães não quizeram dar logar a esse instituto. Na exposição de motivos do mais antigo destes ultimos (o de 1909) se desenvolvem os principaes argumentos que contra elle têm sido formulados.

Os codigos de data mais proxima se recusaram a perfilhá-lo. O italiano, o polaco e o uruguayo, por exemplo, não conhecem as penas de duração indeterminada.

Como tal não deve ser considerada a *Preventive Detention* do direito inglês. Essa medida, que se emprega "if it is expedient for the protection of the public" não é propriamente pena.

Todas as escolas, quando se trata de medidas de segurança (privativas da liberdade), concordam em que estas devem ser de duração indeterminada. A solução ideal neste assumpto seria a indeterminação absoluta, até ser attingido o objectivo da medida. Mas poucos são os escriptores que, consequentemente, vão até esse extremo. Assim tambem os legisladores. A fixação de um maximo, mais ou menos dilatado, tem sido reputada indispensavel á segurança da liberdade individual.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O projecto Sá Pereira achou conveniente introduzir em nosso país uma pena de duração (relativamente) indeterminada — a relegação. E dispôz que ella se applicaria nos casos de prisão, por crime commum, excedente de cinco annos, se da natureza do crime, das condições em que este houvesse sido executado e da personalidade do delinquente resultasse a sua temibilidade. A relegação, que não poderia exceder á metade do maximo generico da pena a ser imposta, seria da competencia exclusiva da justiça togada, com recurso necessario para a segunda instancia. Antes de cumprida a pena se faria um processo summario (promovido pelo M. P. ou *ex officio*), para verificação da influencia exercida pela mesma pena. Em decisão motivada, ordenaria o juiz a relegação ou suspendê-la-ía por certo espaço de tempo (não menor de 3 annos). Passado o prazo estabelecido, sem que o condemnado praticasse outro crime, tornar-se-ia perempta a relegação. No caso contrario, seria ella executada, após o cumprimento da pena. Para colonias penaes, installadas em ilhas ou logares afastados das cidades e povoações, seriam remettidos os relegados. Quanto aos criminosos reincidentes ou habituaes, cuja temibilidade fosse reconhecida, não vigorava a condição de ser a pena superior a 5 annos.

Previu o projecto a hypothese de que não existissem colonias penaes; e mandou que a relegação, quando isso se verificasse, se convertesse na mesma pena com que o condemnado viesse sendo punido ou devesse cumprir. Impôz como condição de toda colonia penal a existencia de serviço medico e hospitalar.

A sub-commissão legislativa sómente em poucos pontos modificou a estructura que o projecto déra á pena de relegação. Dispensou a prova de temibilidade, sujeitando a essa pena todo delinquente por indole ou reincidente que houvesse commettido crime commum, punido

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

com prisão superior a 5 annos. Determinou a época em que se devia proceder á syndicancia — o começo do ultimo anno da pena. E mandou que, em falta de colonias penaes, a relegação fosse convertida em prisão rigorosa. Dispunha o projecto que, pendente recurso da decisão que suspendesse ou ordenasse a relegação, não seria o réu posto em liberdade nem relegado. A subcommissão tornou mais definida essa situação. Deverá o condemnado aguardar na penitenciaria, como simples detido, pelo prazo de um mez, a decisão.

A relegação, no systema do projecto, antes e após a revisão, é uma verdadeira pena, de natureza complementar. A sua effectividade depende da decisão que fôr proferida no processo summario de syndicancia. Póde o juiz convencer-se da inocuidade do delinquente, isto é, de que este não offerece *in futurum* perigo para a sociedade. Apesar disso, ficará o mesmo delinquente, embora solto, sob a ameaça da relegação. Esta ameaça se prolongará por 3 annos, no minimo. Tamanho rigor não se justifica. Nem tão pouco a conversão da pena principal, dada a inexistencia de colonias penaes, em prisão rigorosa.

Não andou acertadamente o projecto, creando a relegação com caracter penal. Melhor fôra que lhe imprimisse o cunho de medida de segurança, com regime de execução differente do das penas. Contra as colonias penaes muito ha que dizer. [30]).

III. — O § 20 do art. 72 da Constituição federal de 1891 aboliu o banimento judicial. Esta pena só era

---

30) Offereciam taes colonias o temeroso perigo, apontado pelo professor Candido Motta em sua conferencia no Automovel Club do Rio, em julho de 1930 (*Jornal do Commercio*, anno 103, num. 166), de se tornarem fócos endemicos de criminalidade, como a pequena communa de Artena, descripta por Scipio Sighele.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

imposta no caso do art. 107 deste codigo, aos cabeças. O dec. n.º 1.062, de 29 de setembro de 1903, substituiu-a pela de reclusão. A Constituição de 1934 (art. 113, 29) manteve a abolição. A carta do Estado Novo evitou prudentemente manifestar-se a respeito.

O codigo criminal da monarchia inseria, no catalogo das penas, a de banimento; mas, na parte especial, nenhuma vez della se utilizou.

A França ainda a conserva, com caracter principal, infamante, e temporario. E' uma pena de ordem politica, que vae de 5 até 10 annos e se executa, sendo o réu transportado até a fronteira do país visinho por elle escolhido. Fóra do territorio francês, gosa o banido de plena liberdade. Não póde, porém, voltar ao país durante o tempo da condemnação, sob a ameaça de responder pelo crime denominado "rupture du ban".

Ella não apparece na escala organizada pelo projecto de reforma (1932). Varios são os motivos que contra ella se enfileiram. Affirmam seus adversarios que ella é medida egoista, desegual, capaz de produzir attrictos diplomaticos e inefficaz. Egoista, porque o Estado, para se desembaraçar de um individuo cuja presença lhe não convem, o obriga a transferir-se para os Estados visinhos. Desegual, porque, conforme as condições pessoaes ou economicas do delinquente, será assás benigna ou demasiadamente rigorosa. Capaz de occasionar difficuldades diplomaticas, porque o procedimento do refugiado, em sua nova residencia, poderá dar logar a queixas e reclamações do Estado que o baniu. Inefficaz, porque o banido, gosando de sua liberdade, poderá, por intermedio de correligionarios ou amigos politicos, da imprensa, da radio-diffusão, continuar a actividade que provocou a applicação da pena. Magnol, analysando o projecto de revisão, lamenta que o banimento tenha sido riscado do ról das penalidades. Elle não nega que

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

as criticas sejam até certo ponto fundadas; mas as considera exageradas. O melhor argumento para justificar a inclusão do banimento no numero das penas — escreve esse notavel criminalista — é que elle torna mais raro o emprego da detenção.

O banimento, como pena, desappareceu dos codigos. Como medida politica, entretanto, continúa a ser largamente usado. A França, a Inglaterra, a Suissa e outros países abrigam, dentro de suas fronteiras, numerosos alienigenas, coagidos, por perseguições e vinganças, a abandonar a propria patria.

IV. — A reclusão, como já tivemos opportunidade de observar, se encontra applicada em alguns crimes, de natureza politica. E' uma *custodia honesta,* sem alternatividade, de um ambito extremamente acanhado.

Não comprehendeu o legislador brasileiro a necessidade ou conveniencia de estabelecer, ao lado da prisão cellular, uma outra pena privativa da liberdade, destinada aos crimes, em geral, oriundos de motivos (sentimentos) dignos e honrosos. O codigo de 1830 se adeantara á sua época, tomando o motivo (embóra unilateralmente, sob o ponto de vista exclusivo do aggravamento) como criterio para a graduação da pena. O actual não soube, ou não quiz, dar desenvolvimento a essa idéa, sobre ella assentando um systema de penas parallelas. Entretanto, o codigo italiano, em que tanto se inspirou o legislador de 1890, já havia acolhido esse instituto. A detenção tinha, na grande obra de Zanardelli, caracter especial, sendo reservada aos pseudos delinquentes, ou, ao menos, aos criminosos de occasião, attendendo-se principalmente ao motivo "non pravo" do facto praticado. Tambem o codigo allemão já havia creado a *Festungshaft* (prisão em fortaleza), pena sem trabalho obrigatorio e sem effeito aviltante na opinião publica.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Varias legislações cantonaes da Suissa conheciam penas privativas da liberdade applicaveis aos crimes que não denotassem sentimentos baixos por parte do autor.

Depois da promulgação de nosso codigo, diversos povos esposaram a idéa da *custodia honesta*. Lembraremos, em primeiro logar, o norueguês. No codigo desse país, a *Hefte* (prisão simples; duração: 21 dias a 20 annos) só tem applicação aos crimes que, por si mesmos ou pelas circumstancias que os rodeiam, não inculcam sentimentos corrompidos *(fordervet sindelag)*.

Muito sensatamente se ponderou, na magnifica exposição de motivos do projecto desse codigo, que não era justo e só podia levar a uma confusão moral punir com pena da mesma qualidade crimes de indoles differentes, nascidos, uns de sentimentos elevados e honrosos, outros, de sentimentos baixos e aviltantes.

A *Hefte* se extende a todos os crimes punidos com privação da liberdade. Gosa o condemnado de situação especial, tendo, durante a execução, varias e importantes regalias. Dá-lhe o codigo o direito de preferir a pena de prisão (§ 23), obtendo reducção de metade do tempo. Isso tem provocado criticas e censuras.

O antigo codigo da Dinamarca conhecia a prisão de Estado como *custodia honesta*. Podia tal pena ser temporaria (de 6 meses a 10 annos) ou por toda a vida. E era cumprida em estabelecimentos especiaes. O de 1930 distingue duas especies de penas privativas da liberdade — a prisão e a detenção, dando a esta a natureza de *custodia honesta*.

Tambem os codigos da Hollanda e do Japão inserem uma pena dessa qualidade. O da Italia fascista a extinguiu.

Dos projectos de reforma, alguns merecem ser citados. O sueco (1918), de autoria do celebre criminalista

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Thyrén, põe, ao lado das penas ordinarias de privação da liberdade, o arresto, com o cunho de *custodia honesta.* Essa pena se applica em determinados casos (não na generalidade dos crimes como a *hefte* norueguêsa), quando o delinquente não tenha agido por sentimentos deshonestos e não haja soffrido anterior condemnação á reclusão ou prisão. Em estabelecimentos especiaes deve ella ser cumprida.

Os projectos allemães tambem attribuem ao motivo ou sentimento deshonroso importancia determinante na organização das penas. Tomemos um delles, o de 1919. As penas privativas da liberdade que nelle apparecem são: a reclusão (*Zuchthaus*), a prisão (*Gefaengnis*), a detenção (*Einschliessung*) e o arresto (*Haft*). A detenção substituiu o antigo arresto em fortaleza (*Festungshaft*). Tem o caracter de *custodia honesta* e só póde ser imposta aos factos que não derivem de sentimentos torpes (*auf ehrlosen Gesinnung*).

No projecto de 1930, á detenção se refere o § 72, dispondo: "Em vez da casa de correição (reclusão) ou prisão se applicará a detenção por egual espaço de tempo, quando o autor tiver procedido exclusivamente por motivos respeitaveis e o facto não fôr especialmente reprovavel pelo genero e modo de sua execução e pelas consequencias attribuiveis á culpa do mesmo autor". [30-a]).

A idéa de um parallelismo de penas privativas da liberdade, fundado na qualidade ethica do motivo (sentimento), tem sido, na Allemanha, defendida por criminalistas da maior proceridade scientifica (como, entre

---

30-a) O *Memorial prussiano* reproduz este dispositivo, dizendo: "...e o facto não fôr dirigido contra o bem do povo". Elle prefere conservar o nome antigo (*Festungshaft*), pois a palavra "detenção" não lhe parece bastante expressiva. O povo não a conhece — accrescenta; ao passo que o conceito do arresto em fortaleza como pena não deshonrosa é corrente (pags. 122 e 139). No mesmo sentido: Siegert, *Grundzuege*, pag. 65. Contra essa pena cavalheiresca (*Kavalierstrafe*) a commissão official nazista.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

outros, v. Holtzendorff,[31]) van Calker,[32]) Heine,[33]) Goldschmidt,[34]) e Aschrott)[35]) e atacado por outros de não menos valor (como, citando apenas alguns, v. Liszt,[36]) Liepmann[37]) e Guckenheimer).[38]). Fóra desse país, em França, teve ella esforçado paladino em Garçon.[39]). Por ella se pronunciou, na Suecia, com seu immenso prestigio, o professor Thyrén. No seu entender, deve ella ser alternativa e differenciar-se, tanto quanto puder possa, das demais penas privativas da liberdade.[40]).

O projecto elaborado pelo desembargador Sá Pereira imprimiu á detenção a feição de *custodia honesta.* E' essa pena reservada (de accordo com a redacção da sub-commissão legislativa) aos delinquentes que não forem reincidentes, habituaes ou por indole, quando os moveis do crime não forem vís. No caso contrario, será substituida pela de prisão. Cumpre-se em estabelecimento especial ou, se este não existir, em secção da penitenciaria, exclusivamente destinada a esse fim. Não havendo penitenciaria, será cumprida na cadeia publica,

---

31) *Handbuch d. Gefaengniswesens,* I, 419.

32) *Strafrecht und Ethik,* pag. 23 e segs.

33) *Zur Reform des Strafrechts,* no *Sozialistische Monatshefte,* 1903, pag. 22 e segs.

34) *Vergl. Darstellung,* A. T., IV, pag. 340.

35) *Reform d. Reichsstrafgesetzbuches,* I, Pag. 77.

36) *Die psychologischen Grundlage der Kriminalpolitik* na *Zeitschrift,* XVI, pag. 477.

37) *Einleitung,* pag. 121.

38) *Der Begriff der ehrlosen Gesinnung im Strafrecht,* 102.

39) *Les peines non deshonorants,* na *Révue Penitentiaire,* XX, pag. 830 e segs.

40) *Prinzipien einer Strafrechtsreform,* 129. No Brasil, partidario da idéa das penas parallelas foi o professor Esmeraldino Bandeira, seguido por seu discipulo Ribeiro de Araujo (*Sciencia penitenciaria positiva,* 1923, pag. 39 e segs.).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

em logar separado. Tem o condemnado direito á escolha do trabalho, não podendo ser occupado em obras ou serviços publicos, ao ar livre; não estará sujeito ao vestuario regulamentar; poderá receber de fóra alimentação, excluidas bebidas alcoolicas; terá a faculdade de escrever e receber cartas, de harmonia com o regulamento, salva á administração a necessaria fiscalização.

Estas regalias são as geralmente concedidas, pelas diversas legislações, aos condemnados á *custodia honesta.* [41]).

V. — A prisão com trabalho obrigatorio, que consta da letra *d* do artigo que commentamos, já existia no codigo anterior. O actual deu-lhe uma unica funcção — a de substituir a prisão cellular, emquanto não estivesse inteiramente em vigor o systema penitenciario. E determinou fôsse ella cumprida nos estabelecimentos penitenciarios existentes, segundo o regime em vigor. Na falta de taes estabelecimentos, seria convertida em prisão simples, com aumento da sexta parte (art. 409). E foi isto o que, na generalidade dos casos, se verificou. Prisões dotadas de cellulas, em nosso vasto país, eram poucas. Trabalho organizado nos estabelecimentos em que se cumpriam penas não existia. Só em 1911 se inaugurou a penitenciaria de S. Paulo — o melhor dos estabelecimentos desse genero que o Brasil possue — onde o systema penal do codigo poude ser, mais ou menos, observado. Nunca foi possivel avaliar, praticamente, o merecimento desse systema.

VI. — Além das penas enumeradas no artigo que estamos a commentar, menciona a *Consolidação* do des-

---

41) Leia-se Goldschmidt, na *Vergl. Darstellung* citada, pag. 349 e segs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

embargador Piragibe, approvada pelo governo da dictadura, a prisão correccional. O dec. n.º 145, de 11 de junho de 1893, autorizou o poder executivo da União a fundar uma colonia correccional na fazenda "Bôa Vista", sita no municipio fluminense de Parahyba do Sul, ou onde melhor lhe parecesse. Permittiu ainda que fossem aproveitadas as colonias militares, então existentes, que a isso se prestassem. Para a colonia deviam ser remettidos os vadios, vagabundos e capoeiras processados na Capital Federal. O dec. n.º 6.994, de 19 de junho de 1908, extendeu essa internação aos mendigos vadios e aos desordeiros. Esses decretos explicam quaes os individuos que se achavam comprehendidos em cada uma dessas classes.

Não se trata, segundo nos parece, de nova pena, mas tão só de um modo particular de executar a prisão com trabalho obrigatorio. Mais de um Estado creou estabelecimentos do mesmo genero (São Paulo, o da ilha dos Porcos), o que por certo não seria licito, se se tratasse de pena não consignada no respectivo codigo ou em lei posterior, de caracter geral.

VII. — A Constituição da chamada primeira republica estatuiu que seria da competencia privativa do congresso nacional legislar sobre direito civil, commercial e criminal (art. 34, 22). Muitos Estados entenderam que podiam incluir entre as attribuições de seu poder legislativo a de crear e organizar penitenciarias e colonias correccionaes, decretando-lhes o respectivo regime. Julgaram que a execução das penas era materia de natureza processual. Em S. Paulo, por exemplo, se legislou sobre o livramento condicional (Lei n.º 844, de 1.º de outubro de 1902; dec. n.º 1.438, de 14 de fevereiro de 1907). A lei estadual n.º 2.013, de 14 de dezembro de

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

1924, concedeu favores ás condemnadas e detentas gravidas.

A execução das penas tem uma parte de direito material ou substantivo e outra de direito formal ou adjectivo. Assás difficil é, entretanto, separá-las. Toda tentativa com esse intuito tem redundado em prejuizo da primeira.

Na vigencia da Constituição de 1891, que dava aos Estados o poder de legislarem sobre processo, nunca se procurou fazer essa distincção. Dahi as incursões de varias unidades da União no dominio do direito penitenciario substantivo.

Até ha bem pouco, era da competencia da União legislar sobre as normas fundamentaes do regime penitenciario (Constituição de 1934, art. 5, XIX, let. c). Infelizmente, o conceito de taes normas estava longe de offerecer a desejavel precisão. Dependia do angulo visual em que o legislador se collocasse.

Os mais abalisados conhecedores do assumpto condemnam os estabelecimentos penitenciarios de proporções gigantescas (á moda norte-americana), isto é, com capacidade para muitas centenas ou alguns milhares de reclusos. A norma em que o legislador, convencido da verdade dessa opinião, limitasse a população de cada estabelecimento da referida especie seria, pela razão que a dictara, fundamental, muito embora, encarada em si mesma, não parecesse conter mais do que um pormenor de importancia secundaria. Outros exemplos são dispensaveis.

A carta de 10 de novembro se contentou em dizer que competia privativamente á União legislar sobre direito penal (art. 16, XVI).

A execução das penas — a propria alma do direito penal, na phrase de Gerland — deve ser uniforme em

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

todo o país. Na Allemanha, a competencia dos Estados, nessa materia, deu logar a diversidades que provocaram innumeras queixas. Os *Principios fundamentaes para a execução das penas privativas da liberdade* (7 de junho de 1923) e um amplo projecto de lei apresentado á dieta imperial (1924/1927) procuraram obviar a esse mal.

Na Suissa batem-se muitos criminalistas pela unificação da execução das penas. Andam repetidas as palavras de Hurbin: "um codigo penal para a Suissa sem a unidade da execução é uma casa sem cobertura".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 44 — Não ha penas infamantes. As penas restrictivas da liberdade individual são temporarias e não excederão de 30 annos.

I. — Rigorosamente fallando, toda pena se póde dizer infamante, pois traz comsigo maior ou menor diminuição do valor moral do condemnado perante a sociedade. Mas não foi com referencia a esse effeito, de natureza geral e inevitavel, que o legislador patrio affirmou a inexistencia, no codigo, de penas infamantes. Penas desta especie, em sentido proprio, são aquellas em que a infamia é irrogada por declaração formal da lei. [1]. A infamia póde consistir na privação de certos direitos ou na sujeição a determinados vexames ou soffrimentos. A morte civil, ficção de ominosa lembrança, em virtude da qual se considerava o condemnado como morto, sem quaesquer direitos, publicos ou privados, é o mais completo exemplo da primeira. [2]. O pelourinho, a palinodia *(recautatio)*, a reprehensão publica, as marcas, as mutilações e diversas cerimonias degradantes, usuaes em outros tempos, o são da segunda.

---

1) Carrara, *Programma*, p. g., § 683. Consulte-se: Pacheco, *El código penal comm.*, I, 326; Mittermaier, nos *Scritti germanici*, de Mori, IV, 81.

2) A Allemanha nazista vae restabelecer a *Aechtung* (proscripção), a mais grave pena infamante dos antigos tempos. Ella importará a *Ehrentod*. Perderá o condemnado a capacidade de testar. Será excluido da communhão, por toda a vida. E isolado dos outros reclusos. Guertner, *Das kommende deut. Strafrecht. Bericht u. die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission*, Berlin, 1935.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Numerosas e frequentes eram em tempos idos as penas infamantes. Incompativeis com o conceito moderno da dignidade humana e com os progressos realizados no dominio do direito punitivo, ellas foram desapparecendo da legislação dos povos cultos.

Mas não de todo. O codigo francês, por exemplo, ainda imprime o cunho de infamantes a diversas de suas penas. Da morte civil subsiste nesse país a dupla incapacidade, que fere *ipso jure* os condemnados a penas afflictivas perpetuas, de disporem e receberem a titulo gratuito e a nullidade do testamento anterior á condemnação. O codigo espanhol de 1870 (posto novamente em vigor pelo governo republicano) impõe ao funccionario publico por abuso commettido no exercicio de seu cargo (se este fôr permanente) a pena de degradação, que o envilece e rebaixa para sempre. Em um codigo moderno — o turco — vemos estabelecidas prescripções a proposito da execução da pena ultima, no caso de parricidio, que fazem recordar costumes que de ha muito deviam estar universalmente abolidos.

Desde que não attribuiu caracter infamante a nenhuma das penas constantes da lista que organizara, não precisava o legislador brasileiro fazer a declaração da primeira parte do artigo que commentamos. Podia ella, sem inconveniente, ser omittida.

Repelliu o mesmo legislador a idéa de penas privativas [3]) da liberdade, por toda a vida ou perpetuas. Andou acertadamente? Responde pela negativa Galdino Siqueira, quando escreve: "Eliminando, de modo absoluto, as penas perpetuas, o codigo olvidou os interesses sociaes,

---

3). Falla o texto em penas *restrictivas* da liberdade. Está a expressão "restrictivas" empregada em sentido amplo, comprehensivo das penas carcerarias e das não carcerarias. Uma technologia mais perfeita distingue as penas contra a liberdade do individuo em privativas e restrictivas.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

por isso que, eliminada tambem a pena de morte, era imprescindivel uma forte pena intimidadora, como succedanea, para os grandes assassinos, os delinquentes de indole ou estado, cuja incorrigibilidade e temibilidade se patenteassem".

A respeito da necessidade ou conveniencia das penas privativas da liberdade perpetuas, houve durante algum tempo divergencia de opiniões. Em seu parecer sobre o projecto de codigo penal elaborado pelo professor João Vieira, o qual adoptava a pena de ergastulo, á semelhança do codigo italiano, manifestou-se a commissão da Academia de S. Paulo (rel. João Monteiro), com vehemencia, contra essa especie de penas. Transcreveu ella o que a respeito disséra o criminalista português Levy Jordão [4]) e um elegante trecho do discurso proferido, na camara italiana, pelo deputado Penatoni. Os vossos ergastulos — exclamou esse parlamentar — não são para mim senão a hypocrisia do patibulo. [5]).

Não tinha razão a douta commissão. Onde a pena ultima não existe, indispensavel se torna a adopção de outra que, para os grandes criminosos, a possa substituir. Está na possibilidade dessa substituição um dos argumentos de que se servem os abolicionistas contra aquelle meio de punição.

Allega-se que a prisão perpetua equivale á morte lenta do condemnado e que é mais cruel do que a propria pena capital. O pastor Seyfahrt, em seus *Probleme des Strafwesen* (pag. 105), assim se externa a respeito: "Eu pessoalmente, baseando-me em observações, realizadas durante muitos annos, de homens cuja condemnação á morte fôra commutada em prisão perpetua, considero

---

4) *Codigo penal português (Ante-projecto). Relatorio da commissão de* 21 *de outubro de* 1861.

5) *Lavori preliminari del cod. pen. italiano*, pag. 91.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

esta ultima pena mais atroz do que aquella. A experiencia me ensina que, quasi sem excepção, a prisão por longos annos e, como é natural, a por toda a vida acaba por transformar o condemnado em um ser, physico e moralmente, degenerado". A proposito, cita elle a seguinte phrase do dr. Amos Squire, medico-chefe de uma das mais humanitarias prisões da America do Norte: "Em Sing-Sing, ouvi de muitos sentenciados que preferiam a morte a ficar eternamente na prisão".

Não ha negar que as penas privativas da liberdade por toda a vida são, sob mais de um aspecto, nocivas. Mas, applicadas com criterio, graças sobretudo aos modernos processos de abreviação da pena (o livramento condicional, o *good time system*), ellas se recommendam como remedio salutar para o tratamento dos delinquentes mais perigosos e temiveis.

Em nossos dias, a opinião dominante lhes é favoravel. Como attesta U. Conti, "ormai ogni studioso consente nell'idea della pena perpetua, e senza distinzione da classici a positivisti". [6]).

Raras as legislações que desconhecem a prisão perpetua. Estão nesse rol a portuguêsa, a nossa e a de varios Estados da America central e meridional. [7]). Os codigos europeus de promulgação mais recente (o italiano, o yugo-eslavo, o polaco, o dinamarquês) a admittem. Egual a orientação dos projectos de reforma.

---

6) *Enciclopedia di dir. penale*, publicada por Pessina, IV, 143. No Congresso Juridico Brasileiro, de 1908, proposta a questão da prisão perpetua, a resposta foi: "A extincção das penas perpetuas corresponde ás exigencias da consciencia juridica de nossa época". Em defesa da prisão perpetua, João Chaves, *Sciencia penitenciaria*, pag. 271 e segs.

7) Goldschmidt, *Vergl. Darstellung*, part. ger., IV, pag. 360. Dos codigos sul-americanos, o da Argentina admitte a pena de prisão perpetua (arts. 6 e 9). Em sentido opposto, por exemplo, o da Venezuela (1926).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Contra-senso se nos afigura prohibir a pena perpetua de privação da liberdade e admittir a de morte, como faz a carta constitucional de 10 de novembro de 37.

II. — Divergem grandemente as legislações no fixar a duração maxima das penas privativas da liberdade temporarias. Na Allemanha, o maximo da reclusão *(Zuchthaus)* e da prisão em fortaleza *(Festungshaft)* é de 15 annos. E' esse tambem o limite estabelecido pela Hollanda, Noruega e Japão (excepcionalmente 20 annos). A França, a Belgica, a Espanha e a Austria fixam esse maximo em 20 annos. Muito baixo o da Suecia — 10 annos (por excepção, 12). No hodierno codigo italiano, a reclusão se estende até 24 annos. A mesma variedade se nota nos codigos cantonaes da Suissa.[8]). O do nosso país adoptou o maximo mais elevado.[9]). Não merece censuras por isso, desde que não acolheu a pena de prisão perpetua. O projecto Galdino e o da camara dos deputados consignaram o referido limite. No do desembargador Sá Pereira, a pena de prisão vae de 1 a 30 annos.

---

8) Stooss, *Grundzuege des schw. Strafr.*, I, pag. 307.

9) O do Uruguay fixa tambem em 30 annos o maximo da pena mais grave da escala que organizou — a penitenciaría (art. 68).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 45 — A pena de prisão cellular será cumprida em estabelecimento especial com isolamento cellular e trabalho obrigatorio, observadas as seguintes regras:

a) si não exceder de um anno, com isolamento cellular pela quinta parte de sua duração;

b) si exceder desse prazo, por um periodo igual á quarta parte da duração da pena e que não poderá exceder de dois annos; e nos periodos successivos com trabalho em commum, segregação nocturna e silencio durante o dia.

I. — Quando, no seculo XVIII, começaram as penas privativas da liberdade a adquirir predominancia, tornando-se a pouco e pouco o meio de punição mais frequentemente empregado, surgiu, como não podia deixar de acontecer, o problema da maneira como deviam ellas ser executadas. Coube, porém, ao seculo seguinte occupar-se mais sériamente com esse arduo problema, á procura da conveniente e acertada solução. Era preciso descobrir a mais adequada fórma, para que essas penas pudessem produzir todos os beneficios dellas esperados. Partiu da Inglaterra o movimento nesse sentido. Quem o iniciou e dirigiu foi Howard, sherif de Bedford, o qual, depois de percorrer as prisões inglêsas e as dos varios países do continente, deu á publicidade, em 1776, o seu livro — *The state of prisons in England and Wales with preliminary observations and an account of some foreign*

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

prisons and hospitals. Descrevendo a deploravel situação em que se achavam as prisões, dentro e fóra de seu país, suggeria as reformas que lhe pareciam de maior urgencia. Para o autor dessa obra, que teve a mais rapida divulgação, sendo traduzida em varias linguas, era necessario separar, tanto quanto possivel *(solitary confinement)*, os condemnados uns dos outros e dar-lhes trabalho sério e constante. A este attribuia elle a maxima importancia. E' celebre o seu dito: *make men diligent, and they will be honest.*

Foi sob o influxo das idéas do grande reformador inglês e tambem dos principios e sentimentos religiosos dos *quakers* que, no periodo de 1818 a 1827, se erigiram, na America do Norte, os estabelecimentos cellulares da Pennsylvania *(Eastern and Western Penitentiary).* [1]. Um delles, construido em forma circular, poucos annos depois foi derribado. O outro se tornou, durante meio seculo, a Méca dos reformadores penitenciarios de todos os países. O regime adoptado na *Eastern Penitentiary* (que tinha a forma de um leque) era o do *separate confinement,* isto é, de uma segregação relativa. Os presos podiam e deviam ser visitados em suas cellulas, não estando, pois, sujeitos a um isolamento absoluto *(solitary confinement).* Sacerdotes e professores se encarregavam de instruí-los em religião e outras materias. Bons livros lhes eram proporcionados. O trabalho era obrigatorio.

---

1) Precedeu-os o de Walnut-Street. O systema nelle seguido era o da divisão dos condemnados em classes, conforme a natureza dos crimes. Havia um pequeno numero de cellulas (30) reservadas aos individuos sentenciados a isolamento absoluto e aos indisciplinados. Nas cellulas não se trabalhava. Pouco satisfatorios foram os resultados obtidos com essa prisão. O verdadeiro merito de seus fundadores foi a abolição das leis sanguinarias que até então vigoravam e a introducção de um novo systema de detenção, provocando sobre este ponto a attenção publica (Beaumont et Tocqueville, *Du systéme pénitentiaire aux États-Unis,* pag. 6).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Esse systema soffreu desde começo vehementes ataques.[2]). Accusaram-no uns de excessiva humanidade, outros, justamente do contrario, de demasiado rigor. Neste ponto de vista, houve quem comparasse o estabelecimento penitenciario de Philadelphia á Bastilha francêsa e á Inquisição espanhola. Os demais Estados não se mostraram dispostos a seguir o exemplo pennsylvanico. Todos elles, entretanto, reconheceram a grande vantagem do isolamento, consistente em impedir a corrupção reciproca dos presos.

Como meio de conciliar as opiniões antagonicas, no Estado de Nova York, em Auburn, no anno de 1820, se adoptou o isolamento durante a noite e o trabalho em commum durante o dia. Para evitar a contaminação moral dos presos, quando reunidos, se estabeleceu a lei do silencio, garantida com severos castigos disciplinares. Nos primeiros tempos, taes castigos foram empregados com a maior brutalidade.[3]). Graças a condições mais favoraveis, o trabalho, em Auburn, se desenvolveu, produzindo os melhores resultados.

Intensa polemica se travou entre os partidarios de cada qual desses systemas. Nella se destacou a *Boston Prison Discipline Society*, sob a direcção de um espirito de extraordinaria combatividade, Luis Dwight. Se alguns Estados (como o de Nova Jersey) preferiram o systema pennsylvanico, a maioria deles se decidiu pelo auburniano. A propria *Eastern Penitentiary* acabou por abandonar, em 1913, o regime de segregação que a caracterisava.

---

2) Krohne, *Lehrbuch der Gefaengniskunde*, pag. 44: "Philantropos o idearam e puzeram em execução, philantropos o combateram".

3) Os guardas andavam munidos de chibata e tinham o direito de castigar immediatamente, no mesmo logar, o recluso que transgredisse a obrigação do silencio.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Emquanto na America do Norte ia accesa a luta entre os dois referidos systemas, soffria o regime penitenciario inglês uma evolução que culminava na construcção de um terceiro — o progressivo.

A Inglaterra applicou, durante muito tempo, para cumprimento da pena que se impunha aos crimes a deportação. Foi a America do Norte o logar primeiramente escolhido para esse fim. Com a emancipação dessa colonia, passou a Australia a ser o país para onde eram enviados, em grande numero, os delinquentes. A mór parte, porém, permanecia na metropole. Isso tornou necessaria a construcção de prisões locaes. Os deportados, cumprida metade da pena, podiam obter livramento condicional por um *ticket of leave;* e, após dois terços, o perdão *(free pardon)*. Nunca mais podiam regressar á metropole. Em 1847 se decretou que todo individuo condemnado á deportação devia cumprir a primeira parte da pena, em segregação, no país, passando depois a ser empregado em trabalhos publicos. Tendo bom procedimento, era mandado com um *ticket of leave* para uma colonia, onde, persistindo no bom comportamento, podia obter perdão, sob a clausula de alli ficar residindo. A recusa das colonias em receber os *ticket of leave* e os resultados desfavoraveis da deportação induziram o governo inglês a substituir essa pena pela de prisão na metropole (1857). O systema cellular ahi conquistára admiradores. Foi de accordo com elle que se construiu, em 1842, o estabelecimento modelar de Petonville.[4]). A *penal servitude,* cujo minimo foi elevado a cinco annos, era executada por etapas ou em periodos. Durante o primeiro destes, que durava nove mezes, era o condemnado mantido, dia e noite, em

---

4) Reproduziu-o fielmente o de Moabit, edificado em 1849, na Prussia.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

rigorosa segregação, na cellula. Ahi se occupava em trabalhos pesados, sem qualquer distracção. Pretendia-se com esse isolamento que elle se reconcentrasse e reflectisse sobre o delicto commettido. Ensino e livros lhe eram ministrados com o objectivo de sua regeneração moral. Se procedia bem no correr desse periodo, era o condemnado transferido para outro — o da communhão. Sob estricta vigilancia, se entregava elle então a trabalhos publicos ou industriaes, de harmonia com sua capacidade. Nesse periodo, tinha elle de atravessar tres classes, cada uma das quaes durava, no minimo, um anno. A passagem de uma para outra dependia da obtenção de certo numero de vales (marcas). O máu comportamento tinha como consequencia o regresso á classe inferior ou á cellula. Logrando attingir a primeira classe, obtinha em regra livramento condicional, desde que houvesse cumprido ¾ da pena. Essa concessão era cassada, se o beneficiario se furtava á vigilancia da policia, praticava outro crime, andava em companhia de pessôas mal reputadas (prostitutas, ladrões, etc.) ou levava vida ociosa e desordenada.

Os individuos que não houvessem soffrido anterior condemnação eram separados dos delinquentes habituaes, constituindo uma classe á parte — *star class*. As mulheres, no caso de se portarem bem, nove mezes antes da época do livramento, podiam ser transferidas para um *Refuge*, estabelecimento particular protegido e fiscalizado pelo governo.

Ao mesmo tempo que se operava a transformação descripta, uma outra, de egual ou maior alcance, se effectuava — a das *local prisons*. A situação destes estabelecimentos, construidos e dirigidos pelas administrações locaes, era, no fim do seculo XVIII, a peior imaginavel. Uma lei de 1774 determinára que os individuos a ella recolhidos fossem divididos em cinco classes — accusa-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

dos de crimes; condemnados por infracções dessa especie; accusados de delictos; condemnados por factos dessa natureza; e presos por dividas. Mas este primeiro ensaio de classificação não encontrou a merecida bôa vontade. Em 1817, na vigorosa campanha que emprehendeu em prol das reformas das prisões, verificou a *Society for the Improvement of Prison Discipline* que a porcentagem das prisões em que se procedia á classificação legal era insignificante (23 em 518).

As leis de 1823 e 1824, mandando observar certas regras na execução das penas — rigorosa disciplina, separação nocturna, ensino, e sobretudo uniformidade de tratamento em todas as prisões — deram logar a notaveis modificações em diversas communas e condados. Os resultados, entretanto, não corresponderam aos esforços empregados e ás vultosas sommas despendidas. Dia a dia se firmava a convicção de que era imprescindivel transferir para as mãos do Estado as *local prisons*. O primeiro passo para a realização desse *desideratum* foi dado pelas leis de 1835 e 1836, que as submetteram á superintendencia do secretario do interior *(Home Department)*. Sómente depois de transcorridos mais de quarenta annos, em 1877, ficaram as alludidas prisões sob o dominio e administração do Estado. Muitas dellas foram fechadas.

Consequencia do Estado haver tomado conta das prisões locaes foi a uniformização do systema de cumprimento das penas. O que caracteriza esse systema é a sequencia de tres periodos: o primeiro, de regime cellular; o segundo, de trabalho em commum; e o terceiro, de livramento condicional. A prisão cellular não póde ultrapassar de nove mezes. Este maximo só se emprega em relação aos reincidentes *(Recidivist Class)*. Em regra é numa *local prison* que o condemnado cumpre a primeira parte da pena. Depois é trasladado para uma

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Public Work Prison. Ahi trabalha, durante o dia, em commum, passando a noite em isolamento cellular. O segundo periodo se divide em quatro gráus *(stages)*. Em cada um delles, que não póde durar menos de certo espaço de tempo, obtem o condemnado, conforme sua dedicação ao trabalho, um maior ou menor numero de vales (8 no maximo), diariamente. Servem elles para a passagem de um a outro gráu *(stage-marks)* e para a obtenção do livramento condicional *(remission-marks)*. O procedimento só tem influencia negativa: quando irregular, acarreta a perda de parte desses premios. A' medida que passa de um gráu para outro, superior, melhora o condemnado as suas condições. No inicial (tambem chamado de prova) não percebe elle remuneração alguma; no terceiro, ganha certa quantia; no segundo, quantia mais elevada; e, no primeiro, outra, ainda maior. A' proporção que sóbe de gráu, adquire o mesmo condemnado maiores regalias e commodidades.

O systema inglês, tambem appellidado progressivo, que acabamos de descrever, em linhas geraes, procura tornar o condemnado apto para a vida em liberdade, fortalecendo-lhe o caracter e aumentando-lhe a capacidade de resistencia. O trabalho assiduo e productivo é o meio mais efficaz para a consecução desse objectivo. Poderoso estimulo representa o methodo das marcas.

Nesse systema, póde-se dizer, tem o condemnado em suas mãos o proprio destino. De si, principalmente de si, depende, em grande parte, a volta ao seio da sociedade, a reconquista da liberdade. [5]).

---

5) Por occasião do congresso penitenciario que se reuniu em Londres, em 1925, muitos congressistas visitaram as prisões inglêsas. Starke, que foi um delles, as descreveu, em artigo publicado na *Zeitschrift* de v. Liszt, vol. XLVIII, pag. 332 e segs., prestando-nos preciosas informações. Tambem Ferri percorreu algumas dentre ellas (15), expondo as suas impressões, summariamente, na pre-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Walter Crofton, director das prisões irlandêsas, entendeu que, entre a estadia na *public work house* e a soltura condicional, devia ser intercalado um periodo, relativamente breve (6 meses) de trabalho livre. Era um expediente para experimentar se o condemnado se achava apto a gosar do livramento. A idéa foi posta em pratica, com exito, em Lusk; mas posteriormente caiu em abandono. [6]).

Nenhum dos tres systemas expostos teve a dita de escapar a criticas e objecções, mais ou menos, graves e procedentes. O cellular foi o mais atacado. Ferri o qualificou como uma aberração do seculo XIX. Tres argumentos, principalmente, dentre os muitos adduzidos contra o systema conhecido por philadelphico ou pennsylvanico, impressionam fundamente: o isolamento cellular diurno e nocturno prejudica gravemente a saude physica e mental dos reclusos; não favorece a adaptação do delinquente á vida social; e difficulta a organização de um regime de trabalho proficuo e regenerador. [7]).

---

lecção feita na aula magna da Universidade de Roma, em 16 de novembro do referido anno (*Scuola positiva*, 1925, pag. 497). Sobre o systema penitenciario inglês: Goldschmidt, *Vergleichende Darstellung*, A. T.. IV, pag. 88 e segs.; Kriegsmann, *Einfuehrung in d. Gefaengniskunde*, pag. 299). Mui recente: Parison-Polwarth, no *Recueil de documments en matiére pénale et penitentiaire*, vol. IV (1935), p. 249 e segs.

6) A obra fundamental sobre o systema irlandês é a de v. Holtzendorff, *Das irische Gefaengnissystem*, Leipzig, 1859. Entre os escriptores mais modernos: Krohne, *ob cit.*, § 11; Kriegsmann, *ob. cit.*, pag. 49. Adepto do systema irlandês, entre nossos escriptores, foi o desembargador Sousa Pitanga, em sua memoria apresentada ao 3.° congresso scientifico latino- americano, sob o titulo *Organisação penitenciaria nos países latino-americanos*, Rio, 1907.

7) Partidarios e antagonistas do regime cellular não se contiveram em limites razoaveis: os primeiros exageram-lhe as virtudes e os ultimos os senões. O principal merecimento desse systema está em evitar o contagio corruptor dos condemnados entre si. Os seus inconvenientes são, mais ou menos, removiveis. A Bel-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Contra o auburniano se allegou que a regra do silencio era opposta á natureza humana e só com grandes difficuldades e brutaes castigos podia ser mantida.[8]). Ao progressivo se acoimou de incongruencia. Se a prisão em commum — observou-se — é uma escola preparatoria de reincidencia, não perde por certo essa qualidade, quando imposta a um condemnado que acabou de passar alguns meses na cellula. Para que — perguntou Desportes — empregar tanto cuidado em separar os condemnados, em incutir-lhes idéas de arrependimento; para que tamanho trabalho, se, depois, ao cabo de certo espaço de tempo, são elles lançados em uma promiscuidade, em que os máus exemplos e os máus conselhos aniquilarão os ensinamentos da cellula?[9]).

---

gica fez desse regime a mais larga e consequente applicação. O nome de Duepetiaux se acha indissoluvelmente ligado á implantação do regime cellular entre os belgas. Estes com o mesmo se deram bem, pelo menos durante longo tempo. A partir de 1882, as criticas se foram tornando mais repetidas e vehementes. A reforma que se iniciou em 1921, sob a direcção de Vervaeck, teve como consequencia a attenuação desse regime. "Il n'en reste pas moins vrai — *informava ha pouco* Mauricio Poll — qu'a l'heure actuelle, la grande majorité des detenus est soumise au régime de la separation cellulaire". Tambem na Hollanda, na Allemanha, na Suecia e em outros países da Europa teve elle um periodo, mais ou menos extenso, de florescimento e predominio. Mas isso passou. Actualmente, a opinião commum prefere, para o cumprimento das penas privativas da liberdade, mais ou menos, longas, o systema progressivo — prisão cellular, prisão em commum, livramento condicional. A prisão cellular por toda a duração da pena só se recommenda em relação ás penas breves. Consultem-se: Krohne, *ob. cit.*, pag. 99, 106, 113, 132, etc.; Kriegsmann, *ob. cit.*, pag. 65 e segs.; Cuche, *ob. cit.*, pag. 316; Halle, *Der heutige Stand der Ansichten ueber Wert und Wirkung der Einzelhaft*, Goettingen, 1912.

8) Sobre as vantagens desse systema: Cadafalso, *Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos*, Madrid, 1914, pag. 119.

9) Khrohne, *ob. cit.*, pags. 257 e 258. Em refutação ás observações desse insigne penitenciarista, fervoroso adepto da prisão cellular, veja-se: Goldschmidt, *ob cit.*, pag. 377, n. 2. Em nosso país, por esse regime se pronunciou o desembargador Bezerra de Moraes (*Estudos sobre os systemas penitenciarios*, Rio, 1915, pag. 63).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Apesar dos defeitos que lhe possam ser attribuidos, é esse o systema geralmente preferido. Numerosos países o adoptam. [10]).

Como notavel modificação desse systema, embóra com elementos que lhe são proprios, surgiu o dos reformatorios norte-americanos. Ha quem os considere como a expressão do maior progresso até agora attingido pela sciencia penitenciaria.

O congresso de Cincinnati, em 1870, proclamára que o fim da pena era a reforma (a emenda) dos delinquentes; que a classificação destes, pelo methodo de marcas, devia ser adoptada em todos os estabelecimentos destinados ao cumprimento das penas; que a esperança constitue meio de regeneração mais poderoso do que o temor; que a sorte do delinquente devia ser posta em suas proprias mãos, de modo que elle pudesse, pelo seu esforço, melhorála a pouco e pouco; e que as sentenças com tempo determinado deviam ceder o logar a outras, cuja duração dependesse da prova de haver sido attingido o objectivo collimado.

De harmonia com estas e outras idéas, abraçadas pelo mencionado congresso, foi fundado, em 1876, o instituto de Elmira, em feliz hora entregue á competencia penologica e ao talento organizador de Brockway. Os resultados obtidos induziram varios Estados a imitar o exemplo novyorkino. Ouçamos um dos muitos expositores dos processos seguidos nesse famoso estabelecimento:

---

10) O regime progressivo para as penas de media e longa duração é usado na Inglaterra, Hollanda, Noruega, Dinamarca, Espanha, Finlandia e varios outros países da Europa e da America. Diversos cantões suissos (Zuerich, Argovia, S. Gall, Tessino, etc.) o adoptam. E tambem o projecto de codigo unico. A esse regime se mostrou favoravel o congresso penitenciario de S. Petersburgo (1890). O de Bruxellas se inclinou pelo cellular. Sobre esse regime: v. Holtzendorff, *Rechslexikon*, s. v. *Progressiv system;* Goldschmidt, *ob. cit.*, pag. 375 e segs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

"São os juizes que, na America, remettem para os reformatorios os individuos que elles reputam susceptiveis de emenda e de moralisação. Elles pronunciam contra estes uma pena que póde ser reduzida pela libertação condicional, concedida pelo conselho de administração do reformatorio, sob proposta do respectivo director, segundo as notas dadas ao detento. O systema das notas e das classes de detentos é a base do regime moral a que são submettidos os condemnados nos reformatorios dos Estados Unidos.

O individuo mandado para um reformatorio é collocado, logo que chega, em uma classe intermedia, onde fica em observação. Elle recebe cinco pontos cada dia. Mas, qualquer infracção da disciplina, qualquer deslise de procedimento dá logar a que lhe seja riscado um desses pontos. No fim de cada mes, sommam-se os pontos de cada detento; e o que não tiver conseguido o numero de 125 em cada mes, durante dois meses consecutivos, desce á classe inferior, onde fica sujeito a ser excluido do reformatorio, para ser enviado a uma prisão commum. Esta exclusão é pronunciada contra o detento da ultima classe que não obtenha o minimo de pontos, fixado em 100 por mes. Por outro lado, um detento da classe de observação é admittido na classe superior, quando alcança, ao cabo de seis meses, um total de 850 pontos. Póde até subir á primeira classe em cinco meses, em vez de seis, se suas notas são excellentes durante quatro meses seguidos. Dá-se-lhe então uma gratificação de 150 pontos, o que lhe permitte passar á classe superior. Aos detentos desta categoria se concede uma margem de 65 pontos, que elles podem perder, sem que baixem á classe inferior e sem que incorram em outra punição que não a de passarem um mes supplementar no reformatorio. Emfim, quando um detento é rebaixado de classe, póde voltar á superior, ganhando 150 pontos em um mes. Torna-se

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

assim mais facil a ascenção da classe inferior para a superior do que o descenso desta para aquella. Procura-se estimular os detentos a que se portem bem e considera-se este o melhor meio de lhes conseguir a emenda.

Este systema de notas e de classe tem por escopo final proporcionar aos detentos o meio de obterem o livramento condicional. Aquelle que houver conquistado notas excellentes na classe superior póde ser posto em liberdade provisoria após tres meses, se tiver praticado apenas um delicto, e depois de cinco meses, se houver sido condemnado por crime. Como só o maximo da pena é determinado pela sentença de condemnação e o minimo é indeterminado, póde o livramento ser concedido em uma época que se fixa consoante o gráo de emenda do detento, gráu que suas notas servem para precisar, e no limite do maximo da pena.

Encontram-se nos reformatorios detentos que ficam na classe intermedia, sem subir, nem descer, e que cumprem a pena até seu extremo limite. Isso acontece, na maioria das vezes, com individuos culpados de delictos e não de crimes, porque, quanto mais longa a duração da pena imposta, maiores são os esforços empregados pelos detentos para abreviá-la.

A libertação condicional é concedida aos detentos pelo conselho administrativo do reformatorio, sob proposta do director, que julga a respeito do gráu de emenda do detento de accordo com as notas por este obtidas e com as informações prestadas pelo pessoal do estabelecimento. A concessão só a obtem o detento que tem emprego garantido, á saída do reformatorio. O director se encarrega da collocação dos liberados. Cumpre observar a proposito que a prevenção existente em muitos países contra o emprego dos liberados não se encontra nos

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Estados Unidos, sobretudo quando se trata de individuos saídos dos reformatorios". [11]).

O systema dos reformatorios americanos se baseia no proposito de rehabilitar o delinquente pela educação. Com esse intuito são utilizados todos os meios. O proprio trabalho, que, no systema pennsylvanico, se destina a causar soffrimento ao condemnado, no auburniano, a constituir uma fonte de renda, é no dos reformatorios, um meio de ensino. [12]). Nesses estabelecimentos se applicam a adultos os methodos correctivos usados em relação aos menores. E' o traço que os caracteriza.

Foi-lhes de todo em todo favoravel a critica nos Estados Unidos. Em optimo estudo acerca do systema reformatorio americano, publicado em 1907, attestava Herr: "E' difficil encontrar nesse país duas vozes que se manifestem contra os institutos de reforma, tão de seu lado se acha unanimemente a opinião publica". [13]). Na Europa, a principio os juizos lhes foram adversos. Tallack, [14]) Wach [15]) e Hintrager [16]) se externaram, por varias razões, infensos a taes institutos. No congresso penitenciario de Bruxellas (1900) se discutiu a these de saber se convinha preconizar, relativamente aos delinquentes ainda jovens, o systema dos reformatorios americanos. Apresentaram relatorios Bailly (belga), Kazarine (russo), Passez (francês), Mittermaier (allemão) e Ruggles-Brise (inglês). Em synthese, todos os relatores opinaram em sentido affirmativo. Mas a assem-

---

11) Passez, relatorio, em nome da *Société genérale des Prisons*, ao congresso penitenciario de Bruxellas (*Actes*, III, pag. 290).

12) Foltin, *Amerikanisches Gefaengniswesen*, Reichenberg, 1930, pag 24.

13) *Das moderne amerikanische Besserungs-system*, Berlin, 1907, pag. 381.

14) *Penalogical and Preventiv Punishment*, Londres, 1889.

15) *Reform des Freiheitsstrafen*, Leipzig, 1890.

16) Apud Goldschmidt, *ob. cit.*, pag. 490.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

bléa não considerou o assumpto sufficientemente elucidado.

Os escriptores allemães que tiveram occasião de examinar *in loco* o funccionamento dos reformatorios — Aschrott, [16-a]) Hartmann, [17]) Herr, [18]) Baernreither, [19]) Freudenthal [20]) — delles se mostraram enthusiastas.

Seguindo o exemplo de Nova York, diversos outros Estados organizaram estabelecimentos semelhantes ao de Elmira, isto é, com os mesmos principios fundamentaes e a mesma finalidade. Os methodos nelles adoptados se propagaram ás prisões do Estado. As antigas differenças entre estas e os reformatorios se foram pouco e pouco apagando. Nos ultimos tempos, segunda informa Sutherland, ha em não poucas daquellas prisões mais de reformatorios do que em muitos destes. Quanto á edade dos internados, a distincção desappareceu: encontram-se nas prisões muitos delinquentes de menos de 30 annos; e ha em reformatorios delinquentes de mais do que essa edade. Exemplificando: no de Ionia (Michigan), em 1927 e 1928, 22% dos reclusos (que eram 1530) já haviam ultrapassado esse limite de edade. Nos reformatorios só deviam ser admittidos os *first offenders*. Entretanto, em Elmira, no anno de 1925 para 1926, 73% dos reclusos já haviam soffrido condemnação (67 dentre elles mais de cinco vezes). [21]).

E' difficil dizer, á mingua de dados estatisticos dignos de confiança, se os reformatorios têm realmente

---

16-a) *Amerikanisches Gefaengnis und Strafwesen*, 1920.

17) *Die Strafrechtspfleg in Amerika*, Berlin, 1906, pag. 256 e segs.

18) *Ob. cit.*, pag. 413.

19) *Jugendfuersorge und Strafrecht in den Ver. Staaten von Amerika*, Leipzig, 1905, pag. 98 e segs.

20) *Amerikanische Kriminalpolitik*, Berlin, 1907, pag. 15 e segs.

21) Foltin, *ob. cit.*, pag. 25.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

produzido os beneficos resultados que seus admiradores apregoam. Certo é que, na America do Norte, acerbas criticas se fazem ao vigente regime de prisões. A commissão Wickermann, encarregada pelo Congresso de um inquerito a respeito da administração da justiça penal, concluiu que o actual systema não melhorava o condemnado, não garantia sufficientemente a sociedade e parecia concorrer para o aumento da criminalidade.[22]).

II. — O codigo patrio, para o cumprimento das penas privativas da liberdade, não adoptou um systema unico. Para as de prisão cellular, superiores a 6 annos, escolheu o progressivo: parte de taes penas — a primeira — é cumprida em isolamento diurno e nocturno; parte — a segunda — em communhão durante o dia e o trabalho; e parte — a terceira e ultima, em liberdade condicional. Para as penas de prisão cellular inferiores a 6 annos, preferiu o auburniano: communhão diurna e segregação nocturna. Para as de reclusão e prisão com trabalho obrigatorio não disse qual o regime a seguir-se. Durante o periodo de trabalho em commum tornou obrigatorio o silencio.

Se a pena de prisão cellular não exceder de um anno, o isolamento será da quinta parte; se exceder, da quarta. Esta não poderá ir além de 2 annos.

Errou o legislador patrio não tendo estabelecido, para as penas curtas, o isolamento diurno e nocturno; e, para as de media duração (mais de um anno até 6) o systema progressivo.

Censurou-se ao mesmo legislador o haver sujeitado a egual periodo de isolamento tanto o delinquente condemnado a 8 annos de prisão como aquelle a que foi im-

---

22) Exner, *Kriminalistischer Bericht u. eine Reise nach Amerika*, pag. 35.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

posta a pena de 30; e de não ter distinguido entre as varias especies de criminosos. A censura era até certo ponto merecida; mas o exemplo das legislações de outros povos podia servir de desculpa ao autor do nosso codigo.

Foi este um dos mais commedidos no emprego do isolamento cellular. O italiano, para o primeiro estadio da pena de ergastulo, marcava o longo prazo de sete annos; e, para o da reclusão, o maximo de tres. O hollandês dispunha que a *Gefaengnis* (a pena dos crimes), de duração inferior a cinco annos, seria cumprida integralmente em segregação cellular; e, de mais de cinco, no primeiro quinquennio. A lei belga (4 de março de 1870) estabeleceu como regra, para o cumprimento das penas privativas da liberdade, o regime cellular, reduzindo proporcionalmente a duração dellas. Entre esse extremo e o opposto representado pelos países que fixavam o maximo da segregação cellular em um anno (França, Espanha, etc.), o legislador brasileiro escolheu, prudentemente, o prazo de dois annos. Leis posteriores, como, por exemplo, a norueguêsa, não se contentaram com tão pouco. E' de quatro annos, na Noruega, o maximo da segregação cellular. De tres na Turquia (§ 13 do cod. de 1926).[23]).

Na Italia, Ferri, em 1885, levantou (como elle proprio se exprimiu) um grito de alarme contra a segregação diurna. A propaganda surtiu o effeito almejado. O

---

23) Merece transcripção o seguinte trecho do excellente livro de Krohne: "Por certo que se devem ter em conta, no estabelecer a duração maxima da pena de prisão cellular, o caracter e a cultura do povo. Fixá-la na mesma medida para o filho das Montanhas Negras como para o belga ou allemão fôra disparate. Cada país, por isso, deve determinar a duração da prisão cellular após consciencioso exame do caracter do povo e cuidadosa experiencia. Essa duração se refere ao delinquente adulto, são, normal, sem distincção de sexo, pois a observação nos diversos países mostra que a mulher supporta tão bem como o homem a prisão cellular (§ 49, IV)".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

codigo Rocco só conservou a nocturna. Estabelecendo disposições transitorias, o dec. de 28 de maio de 1931 tolerou a continuação do isolamento absoluto em dois casos (art. 23). Como muitas vezes acontece, a reacção contra a prisão cellular, nesse país, não se conteve dentro dos justos limites. Foi excessiva.

A commissão nomeada pelo governo norueguês, em 1927, para elaborar um projecto de reforma das prisões, apresentou, em 1930, seu parecer, que, ao nosso ver, expende as mais adeantadas e acertadas idéas a respeito do isolamento cellular.

Observando o movimento que se operava na Suecia, Dinamarca, Allemanha, Checo-eslovaquia, Belgica e outros países, concluiu a commissão que a corrente actual tendia a afastar os inconvenientes tanto do regime cellular como do commum, permittindo aos reclusos submettidos ao primeiro uma certa vida em commum e prescrevendo para os condemnados sujeitos ao segundo um certo isolamento. Que, de accordo com uma convicção geral, a execução das penas de prisão devia começar por estagio, mais ou menos longo, na cellula. Que era mais facil obviar aos inconvenientes desta do que aos da prisão em commum. Que o minimo da segregação cellular devia ser de tres meses e o maximo de quatro annos, salvo assentimento do medico. Que, quanto ás penas de menos de oito meses, devia a prisão ser cumprida *in totum* em segregação cellular.[24]).

O projecto de codigo penal para a França de 1932, regulando a pena de trabalhos forçados, preceitúa que os condemnados a essa pena, perpetua ou temporaria, serão submettidos a isolamento de dia e de noite durante um periodo que será obrigatoriamente fixado pela sentença

---

24) *Recueil de documents en matiére pénale et penitentiaire.* 1931, pag. 275 e sgs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

condemnatoria, mas que não excederá de tres annos, em caso de condemnação por toda a vida, e, de dois, no de condemnação temporaria. A pena de reclusão é cumprida em commum durante o dia e isolamento á noite. Permitte-se, porém, que, por disposição especial da sentença, seja o individuo condemnado a essa pena mantido dia e noite em isolamento, pelo maximo de um anno.

O projecto brasileiro, conforme a ultima redacção, determina que, na pena de prisão de execução simples, seja o condemnado inicialmente submettido a isolamento cellular diurno por dois meses; e, na de execução rigorosa, ao mesmo regime, por seis meses, prorogavel por mais tres, se o sentenciado o pedir, ou o juiz, ante a representação do director da penitenciaria, assim o entender (arts. 67 e 69). O condemnado á prisão da primeira especie não estará adstricto á segregação nos intervallos carcerarios, nem a isolamento durante o recreio hygienico.

Não nos parece razoavel limitar a faculdade de pedir o prolongamento da segregação cellular — como faz o projecto — aos casos de execução rigorosa. Aos condemnados deve ser sempre permittido cumprir a pena separadamente dos demais reclusos, desde que a isso não se opponham motivos especiaes. Ainda mais: podendo a prisão simples ir até 30 annos (art. 64), a segregação apenas por dois meses será não raro de nenhum effeito. Será até ridicula.

III. — Impõe o codigo, durante o trabalho em commum, a regra do silencio. Está hoje reconhecido o diminuto valor da prohibição de communicação oral entre os reclusos.[25]). Contraría ella um instincto natural da creatura humana e só com grandes difficuldades póde ser

---

25) Gentz, *Reform d. Strafvollzugs*, pag. 77.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

rigorosamente mantida.[26]). Por isso a tendencia, em toda parte, é para abrandá-la ou abolí-la. Percorrendo 85 estabelecimentos carcerarios nos Estados Unidos, só em um — o de Stillwater (Minnesota) — encontrou E. Foltin observada a lei do silencio. Fallando, na *Société générale des Prisons,* acerca da visita que fizera a prisões norte-americanas, disse Henry van Hetten: "Partout où je suis allé, la règle du silence a été abolie en tant que règle". Referindo-se á Allemanha, attesta Starke que, nesse país, foi em geral, por toda parte, abolida a obrigação do silencio.[27]). Os *Principios para a execução das penas privativas da liberdade* de 7 de junho de 1923 prescrevem, no § 23: "A obrigação do silencio não deve ser estendida além do necessario para a manutenção da ordem e segurança".

Não ha contestar que a abolição da regra de silencio traz consigo não poucas difficuldades (que aliás têm sido vencidas); mas, como ponderou o citado Starke, não se deve sacrificar o progresso cultural ao receio dessas difficuldades.[28]).

IV. — A execução das penas privativas da liberdade é, em nosso país, dirigida e fiscalizada pelo juiz que proferiu a sentença condemnatoria. Sob a jurisdicção desse magistrado permanece o réu durante o cumprimento da pena. Em alguns logares, ha juizes privativos de execuções criminaes. Entre a administração da peniten-

---

26) Krohne, *ob. cit.*, § 48:"... nem a chibata em Auburn e em Millbank, nem a chibata e o arresto rigoroso na Prussia, nem a privação de alimentos em França conseguiram tornar effectiva a obrigação do silencio. Onde ella permanece, é violada a cada hora, com conhecimento dos funccionarios. O criminoso foi mais forte que o poder do Estado".

27) Bumke, *Dout. Gebaeingniswesen*, pag. 169.

28) E. Bumke, *ob. cit.*, pag. 170.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

ciaria, que é da competencia do poder executivo, e o juiz da execução foi creado um novo orgam — o Conselho Penitenciario (dec. n. 16.665, de 6 de novembro de 1924). No numero das attribuições que lhe foram conferidas, está a de verificar a bôa execução do regime penitenciario legal. A idéa desse conselho foi mutuada de diversas legislações sul-americanas (argentina, uruguaya, peruana).

O moderno codigo italiano confia ao juiz a vigilancia da execução das penas detentivas. E' este quem delibera acerca da admissão do condemnado ao trabalho "all'aperto" e dá parecer a respeito do livramento condicional. E' elle que, em caso de enfermidade psychica do condemnado, determina a internação deste em um manicomio judiciario ou em uma "casa di cura" e de custodia. suspendendo a execução da pena. Em se tratando de medidas de segurança, é elle quem, por intervenções successivas, prolonga ou faz cessar a respectiva duração. O art. 585 do codigo do processo penal dispõe que as funcções do juiz de vigilancia são exercidas pelo magistrado do logar em que o condemnado estiver expiando a pena, onde quer que haja sido proferida a sentença condemnatoria. E accrescenta: "Il giudice o il pretore, sentito il direttore dello stabilimento, delibera mediante ordini di servizio i provvedimenti occorrenti e li comunica all'Autoritá che deve eseguirli e al pubblico ministero. Tali ordini di servizio non sono soggetti a reclamo, salvo che la legge disponga diversamente".

O ministro Rocco, em seu relatorio ao projecto definitivo, affirmou que a necessidade de ser o cumprimento das penas confiado á vigilancia dos juizes constituia "uno dei canoni, a cui si reputano indissolubilmente legati l'attuazione dei fini della pena dal punto di vista della

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

prevenzione individuale e ogni progresso del diritto penale in questo campo". [29]).

A escola positiva sempre pugnou pela idéa de ser a execução das penas dirigida pelos juizes. Ferri insistiu varias vezes sobre este ponto. A innovação acolhida pelo codigo italiano é considerada mais uma victoria da referida escola. [30]).

A *Société Génerale des Prisons,* em novembro de 1931, discutiu amplamente a these concernente ao papel dos magistrados na execução das penas. Foi relator o conselheiro Montvalon. Na discussão tomaram parte Magnol, Hugueney, Matter, e outros. Tudo quanto apresente caracter moral e interesse social — disse o relator — deve ser de attribuição dos juizes. A parte material e financeira, o regime interno, compete á administração. Mossé observou que, se algumas legislações iam alargando a competencia dos primeiros em detrimento da segunda, o país do *habeas-corpus,* o país que mais zelava pela independencia e prestigio de seus magistrados, a Inglaterra, continuava a entregar ao seu *Home Office,* ao seu ministerio do interior, o encargo da execução das penas. O criminalista hollandês Goesteranus declarou que em sua patria o juiz não intervinha absolutamente na execução das penas. E que não acreditava na efficacia dessa intervenção.

Os debates não chegaram a uma conclusão positiva e clara. [31]).

Em França, a tarefa de velar pela execução das penas privativas da liberdade foi confiada aos membros do ministerio publico (procuradores da Republica e pro-

---

29) *Lavori preparatori del cod. pen.,* V, part. 1.ª, pag. 192.

30) Pagani (*Scuola positiva,* 1933, pag. 218) qualifica a creação do juiz de vigilancia "istituzione nuova e geniale".

31) *Revue penitentiaire,* 1932, pag. 170 e segs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

curadores geraes). Mas, recolhido o sentenciado ao estabelecimento penitenciario, cabe á respectiva administração a applicação do regime correspondente. Na Allemanha, é tambem em geral ao representante do M. P. *(Staatsanwalt)* que compete prover á execução das referidas penas. Em muitos casos, essa competencia é dada aos juizes, não propriamente como taes, mas como funccionarios da administração. [32]).

Entre os modernos projectos de codificação penal merece ser destacado, relativamente á materia de execução das penas, o checo-eslovaco. Elle regula o assumpto, em suas linhas fundamentaes, de modo original. A execução das penas e das medidas de segurança pertence — declara o § 93 — á esphera da administração da justiça. E' creado, no respectivo ministerio, sob a presidencia do ministro, um conselho central, composto de representantes do governo, membros da assembléa nacional e pessôas idoneas (§ 94). Entre as suas attribuições se acha a de velar pela regular observancia das leis e decretos concernentes á execução penal. Em cada penitenciaria, prisão ou estabelecimento de segurança é instituido um conselho de vigilancia, do qual fazem parte um representante do ministerio da justiça (commissario), na qualidade de presidente, representantes do districto em que estiver situado o estabelecimento e pessôas competentes, nomeadas pelo referido ministerio. O commissario deve possuir os predicados de magistrado. Tem o conselho por missão auxiliar a administração do estabelecimento e fiscalizar o exacto cumprimento das disposições legaes (§ 95). Em cada penitenciaria, prisão ou estabelecimento de segurança, funccionará um tribunal de reclusos, sob a presidencia de um magistrado nomeado pelo gover-

---

32) H. Hansen, *Die Strafvolltrekung*, no *Deut. Gefaengniswesen* de Bumke, pag. 127.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

no — tribunal constituido por esse magistrado e dois assessores — para resolver os assumptos submettidos ao seu conhecimento com plena garantia para os reclusos. Estes, salvo casos especiaes, podem ser assistidos por um defensor, de sua confiança.

Diversas outras disposições, regulando o cumprimento das penas e medidas de segurança, contém esse projecto.

Deve o codigo penal inserir, com o desenvolvimento que se nos depara nesse projecto, os preceitos respeitantes a essa materia? Não é preferivel crear, ao lado do codigo penal, como do processo, um outro — o da execução das penas e medidas de segurança?

Esta ultima interrogação constituiu um dos themas mais vivamente debatidos no III congresso internacional de Direito Penal, que se realizou em Palermo. Os relatores geraes — Lemkin e U. Conti — não estiveram de accordo. O primeiro se manifestou no sentido de que era desejavel a creação de um codigo dessa especie, codigo synthetico, capaz de deixar margem ao desenvolvimento da sciencia penitenciaria e de permittir experiencias uteis. O segundo entendeu que, no actual momento, era impossivel a creação de um codigo autonomo. Pretendeu o belga Belym harmonizar as duas opiniões, sem que, entretanto, fosse bem succedido.

Foi deste teor a resolução tomada: "O congresso reconhece que, dado o campo vastissimo e as finalidades complexas attribuidas ao instituto da execução penal, se deve admittir a existencia de um direito penitenciario, quer dizer, de um conjuncto de normas legislativas reguladoras das relações entre o Estado e o individuo condemnado, a partir do momento em que a decisão do juiz se torna executiva até o em que termina a execução, no sentido mais amplo da palavra. Entretanto, consi-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

derando que o direito penitenciario se acha ainda em uma phase de elaboração, especialmente no que diz respeito ás medidas de segurança, o congresso limita seu voto no sentido de que, na actualidade, se dê systematização juridica completa á propria execução".

O systema do projecto checo-eslovaco foi defendido por W. Solnar (professor em Praga), que concluiu seu relatorio com as seguintes palavras: "A questão de saber se se deve consagrar uma lei especial á execução das penas tem sobretudo um caracter formal. Apesar de algumas vantagens que essa solução offerece, parece que as disposições sobre o regime das penas collocadas no codigo penal são mais capazes de produzir o resultado collimado".

Contra a codificação do direito penitenciario, disciplina ainda em periodo de formação, accentuando a natureza administrativa da execução penal, se pronunciou o professor francês Casablanca. [33]).

Tal é presentemente a situação desse interessante problema. Em nosso país, o governo dictatorial nomeou uma commissão, composta de dois juristas e um medico psychiatra (Candido Mendes, Lemos Brito e Heitor Carrilho), para a elaboração de um codigo penitenciario. Depois de 114 sessões, apresentou a commissão o anteprojecto, que contém nada menos de 854 artigos. Disse a mesma commissão que ella ia "tornar possivel realizar no Brasil o que ainda é uma aspiração em outros países e apenas objecto de estudo em postulados de Congressos Internacionaes". [34]).

---

33) *Scuola positiva*, 1933, pag. 234.

34) Sobre as prisões em nosso país: Evaristo de Moraes, *Prisões e instituições penitenciarias*, Rio, 1923; A. de Araujo, *Sciencia penitenciaria positiva*, Rio, 1924; Lemos Brito, *Os systemas penitenciarios do Brasil*, Rio, 1924-26; João Chaves, *Sciencia penitenciaria*, Lisboa, 1912.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 46 — O banimento privará o condemnado dos direitos de cidadão brasileiro e o inhibirá de habitar o territorio nacional, emquanto durarem os effeitos da pena.

O banido que voltar ao país será condemnado á reclusão até 30 annos, se antes não readquirir os direitos de cidadão.

I. — Sómente uma vez, no codigo, se encontrava applicada esta pena: no art. 107, onde ella era comminada aos cabeças da tentativa de mudança, por meios violentos, da Constituição politica da Republica ou da forma de governo estabelecida. A Constituição de 1891 (art. 72, § 20) aboliu-a. O dec. n.º 1.062, de 29 de setembro de 1903, dispoz que a pena para os cabeças do crime definido no citado artigo do codigo sería de reclusão; e substituiu a palavra co-réus pela de co-autores. Dessa alteração surgiu a duvida se podiam ser punidos os cumplices. Discutiu-se esta questão perante o Supremo Tribunal Federal, sendo desencontradas as opiniões. De accordo com as regras que dominam a interpretação das leis penaes, não podia a punição estender-se aos cumplices. Era essa a nossa maneira de entender o texto legal.

A lei n.º 38, de 4 de abril de 1935, rectificou o engano, empregando a expressão — co-réus (art. 1.º).[1]).

---

1) Esta lei, reproduzindo a figura criminosa do art. 107 do codigo penal, não soube corrigí-la, como devia. Não é só por meios violentos, mas tambem por outros, illegaes, que póde ser atacada

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A reclusão, que era de 10 a 20 annos, para os cabeças, e de 5 a 10 annos, para os co-autores, foi diminuida, passando a ser de 6 a 10, para os primeiros, e de 5 a 8 para os co-réus. Ficaram os cumplices equiparados aos demais comparticipantes do crime. Reputam-se cabeças — declara a alinea do art. 108 do codigo — os que tiverem deliberado, excitado ou dirigido o movimento. A lei não modificou esse conceito, aliás pouco preciso.

Digno de reparo é que ao banido, que voltasse ao país, impunha o codigo reclusão até 30 annos, mas não havia minimo prefixado.

O artigo que commentamos tem hoje apenas interesse historico.[2]).

---

a segurança do Estado (v. Calker, *Hochverrat und Landverrat*, na *Vergleichende Darstellung*, B. T., I, pag. 36). O actual codigo da Italia falla em "mezzi non consentiti dall' ordinamento costituzionale dello Stato (art. 283)". O da Noruega em "meios illegaes (§ 98)". O recente codigo do Uruguay assim se expressa: "por medios no admitidos por el Derecho Publico interno (art. 162, 6.º)". A nossa lei intercalou a phrase "no todo ou em parte". Melhor fôra que tivesse silenciado a respeito: nem todas as partes da Constituição podem ser objecto do ataque que constitue o crime em questão. Em egual defeito incorre o codigo turco (§ 146).

2) Entre as poucas codificações que ainda conservam a pena de banimento figuram a peruana (arts. 10 e 302) e a uruguaya (arts. 74, 141, 142, 143 e 145). A exposição de motivos desta ultima procura rebater os argumentos que têm sido formulados contra essa especie de pena.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 47 — A pena de reclusão será cumprida em fortalezas, praças de guerra, ou estabelecimentos militares.

I. — O codigo fez da reclusão uma especie de *custodia honesta;* mas não foi feliz em sua applicação. Destinou-a a certos crimes politicos, deixando em esquecimento outros de identica natureza, alguns até de menor gravidade (como, exemplificando, os delictos eleitoraes. [1]).

A escolha de logares sujeitos á autoridades militares para a execução dessa pena é uma anomalia que não se justifica. Pouco importa que outras legislações tenham dado o exemplo.

Não disse o legislador se os condemnados á reclusão deviam ser submettidos a trabalho obrigatorio. Divergem os interpretes. João Vieira assim opinou: "Effeito especial della (a reclusão) nos parece ser que o condemnado não está sujeito a trabalho algum, não só porque tal obrigação não se infere de nenhuma disposição do codigo penal, como porque os logares onde é cumprida, por sua mesma natureza, sujeitos aos regulamentos militares, impediriam a organização de trabalho penitenciario nas condições do art. 53, isto é, mais ou menos adaptado ao estado de reclusão". [2]). Lima Drummond deduziu do pre-

---

1) Galdino Siqueira, *Direito penal brasileiro*, I, pag. 591.
2) *Codigo penal commentado*, II, pag. 249.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

ceito do art. 53, que não distingue a pena imposta, a obrigação do trabalho.[3]).

A generalidade desse dispositivo, realmente, autoriza esta ultima interpretação. O argumento tirado dos logares em que a reclusão é cumprida carece de valor. Nelles se cumprem as penas de prisão com trabalho impostas pelas leis militares.[4]).

O caracter da reclusão, como *custodia honesta,* não constitue bôa razão para excluir a mencionada obrigação. A *detenzione* do codigo italiano (Zanardelli) e a *hefte* do norueguês têm a mesma indole; entretanto, a ellas está ligada a obrigação do trabalho. Este não póde ser considerado como deprimente ou aviltante, se adequado á posição e ás habilitações do condemnado. O que repugna é que este fique, durante o cumprimento da pena, quiçá longa, em completa ociosidade.[5]). A "prisão em fortaleza" dos allemães não obriga ao trabalho; mas, nos projectos de reforma, a *Einschiliessung,* que substitue essa

---

3) *Noções de direito criminal (penologia)* por Moraes Costa e F. Macedo, Rio, 1919, pag. 39.

4) O codigo penal militar (da armada e do exercito) dispõe, no art. 42: " A pena de prisão com trabalho será cumprida dentro do recinto da prisão ou fóra, em estabelecimentos navaes, presidios, praças de guerra, ou em obras militares, emquanto não forem estabelecidas officinas nas prisões de marinha, segundo o regimen penitenciario cellular, com este destino especial". A respeito das prisões militares escreve o dr. Lemos Brito: "Entre nós o que existe de prisões militares é muito rudimentar: na Marinha, os carceres de Villegaignon e os estabelecimentos da ilha das Cobras; no Exercito, a fortaleza de Santa Cruz e o presidio do forte de Coimbra". E' impresionante a descripção feita por esse illustre penologista das referidas prisões. Das da fortaleza de Santa Cruz diz elle: "São o que ha de mais hediondo no Brasil".

5) O legislador patrio, no art. 43 do codigo citado na nota anterior, prescreve: "A pena de prisão com trabalho, em que incorrer o official de patente, será convertida na de prisão simples, com aumento da sexta parte". Veja-se a vehemente censura que a este dispositivo faz o dr. Chrysolito de Gusmão em seu *Direito penal militar,* Rio, 1915, pag. 196 e segs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

pena, com maior amplitude, não dispensa o condemnado de semelhante obrigação. Trabalhar é dever de todo homem, como bem pondera Krohne. Não ha motivos razoaveis para isentar os sentenciados á reclusão de tão elementar dever.[6]).

Não explicou o codigo a que regime ficariam elles adstrictos. E' evidente que não podem ser forçados a expiar qualquer parte da pena em isolamento cellular continuo. Devem ser obrigados á segregação nocturna? São-lhe applicaveis as disposições dos regulamentos penitenciarios que vigoram quanto aos demais detentos, relativamente ao vestuario, á alimentação, a correspondencia, etc? A que medidas disciplinares estão sujeitos?[7]).

Por toda parte, onde quer que haja sido acolhida a idéa da *custodia honesta*, gosam os delinquentes condemnados a essa especie de penalidade de regalias e favores, mais ou menos, importantes.[8]).

---

6) Goldschmidt, *Vergleichende Darstellung*, A. T., IV, pag. 350; Wach, *Die Reform der Freiheitsstrafe*, pag. 14. O projecto de revisão do codigo penal francês mantem o ponto de vista erroneo da isenção do trabalho para os condemnados por infracções de natureza politica (art. 37). Mais perfeito o projecto brasileiro (art. 63, 1).

7) Sobre a maneira de execução da *custodia honesta* leia-se Goldschmidt, *ob. cit.*, pag. 351 e segs.

8) A lei de segurança (n.º 38, de 1935) define, nos arts. 3.º, 4.º, 6.º, 9.º, 12.º e 13.º, diversos crimes aos quaes impõe a pena de prisão cellular. Mas, no art. 42, diz textualmente: "A pena de prisão, nos casos dos artigos... (os artigos citados), será cumprida em estabelecimento distincto *e sem sujeição a qualquer regime penitenciario ou carcerario*". Este modo de executar a prisão cellular é verdadeiramente original.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 48 — A pena de prisão com trabalho será cumprida em penitenciarias agricolas para esse fim destinadas, ou em presidios militares.

I. — A pena a que o artigo supra se refere tinha applicação aos mendigos vadios (art. 393 deste codigo), aos vadios infractores do termo de tomar occupação (art. 400) e aos capoeiras reincidentes (art. 403). No primeiro caso, a graduação era de 1 a 2 meses; no segundo, de 1 a 3 annos. No terceiro, a pena, absolutamente determinada, era de 3 annos.

O dec. n.º 145, de 12 de julho de 1893 autorizou o governo federal a fundar uma colonia correccional, para correcção, pelo trabalho, dos vadios, vagabundos e capoeiras que fossem encontrados e como taes processados na Capital federal. No art. 2.º dispôz esse decreto: "São comprehendidos nessas classes: § 1.º - Os individuos de qualquer sexo e qualquer edade que, não estando sujeitos ao poder paterno ou sob a direcção de tutores ou curadores, sem meios de subsistencia por fortuna propria, ou profissão, arte, officio, occupação legal e honesta em que ganhem a vida, vagarem pela cidade na ociosidade. § 2.º - Os que, por habito, andarem armados, em correrias, provocando tumultos e incutindo terror, quer aproveitando o movimento da população em festa e solemnidades publicas, quer em manifestações de regosijo, e reuniões populares ou outras quaesquer circumstancias. § 3.º - Os que, tendo quebrado os termos de bem viver

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

em que se hajam obrigado a trabalhar, manifestarem intenção de viver no ocio, ou exercendo industria illicita, immoral ou vedada pelas leis".

O tempo de permanencia na colonia podia ser de seis meses a dois annos, tendo-se em consideração a edade e o sexo do processado.

Concedeu esse decreto aos Estados a faculdade de fundarem, á sua custa, colonias correccionaes agricolas, colonias em que se montariam fabricas ou officinas, de modo a serem aproveitados os serviços e as aptidões dos condemnados.

A lei n.º 947, de 24 de dezembro de 1902 autorizou o poder executivo da União a crear uma ou mais colonias correccionaes, para rehabilitação, pelo trabalho e instrucção, dos mendigos validos, vagabundos ou vadios, capoeiras e menores viciados encontrados e julgados no Districto Federal. O art. 9.º dessa lei mandou applicar aos mendigos os arts. 399, 400 e 401 do codigo penal.

Approvando o regulamento que reorganisou a Colonia Correccional de Dois Rios, o dec. n.º 6.994, de 19 de junho de 1908 declara que os vadios (inclusive os individuos que se sustentam do jogo) e os capoeiras serão condemnados, pela primeira infracção, entre os limites do minimo e maximo de seis meses a dois annos de residencia na Colonia; os mendigos e vadios, que hajam quebrado o termo de tomar occupação, como reincidentes, soffrerão a pena de um a tres annos de reclusão na Colonia, ou de deportação, se forem estrangeiros. Ao capoeira, no caso de reincidencia, será applicado o gráu maximo do art. 400 do codigo penal. A pena imposta ao mendigo ficará extincta, se o condemnado provar superveniente acquisição de renda bastante para sua subsistencia ou prestar fiança (lei n.º 947, art. 9.º; cod. penal, art. 401).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

II. — O governo do Estado de São Paulo, autorizado pela lei n.º 844, de 10 de outubro de 1902, fundou uma colonia correccional na ilha dos Porcos, destinando-a á correcção, pelo trabalho, dos vadios e vagabundos, como taes condemnados. O dec. n.º 1.438, de 14 de fevereiro de 1907, deu-lhe regulamento. Annos depois, foi esse estabelecimento transferido para Taubaté (lei n.º 1.445, de dezembro de 1914). Passou a denominar-se "Instituto Correccional". O dec. n.º 2.552, de 2 de março de 1915 estabeleceu o regime desse instituto. Como penitenciaria agricola, a colonia correccional servia tambem ao fim previsto no art. 50 do cod. penal.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 49 — A pena de prisão disciplinar será cumprida em estabelecimentos industriaes especiaes, onde serão recolhidos os menores até a edade de 21 annos.

I. — A prisão disciplinar, applicavel, como pena, a menores, não mais existe em nosso direito. A criminalidade infantil e juvenil é hoje regulada pelo codigo de menores. Estes, por factos, que a lei qualifica como crimes, praticados até aos 18 annos, estão sujeitos unicamente a medida de caracter educativo. Depois dos 18 annos até aos 21, tem o delinquente, em seu favor, uma attenuante. A pena deverá ser cumprida, durante esse periodo, em completa separação dos condemnados maiores.

Na vigencia do codigo, entenderam alguns juizes e tribunaes que, onde não existissem os estabelecimentos industriaes a que se referia o artigo supra, devia a pena de prisão disciplinar ser cumprida, como prisão simples, nas cadeias publicas. Felizmente, a jurisprudencia não se deixou arrastar a esse imperdoavel erro. A substituição de uma pena por outra foi considerada illegal. Varios *habeas-corpus* se concederam a menores victimas dessa substituição.

II. — O Codigo de menores assim preceitua no art. 71: "Si fôr imputado crime, considerado grave pelas circumstancias do facto e condições pessoaes do

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 annos de edade ao tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral, o juiz lhe applicará o art. 65 do Codigo Penal, e o remetterá a um estabelecimento para condemnados de menor edade, ou, em falta deste, a uma prisão commum com separação dos condemnados adultos, onde permanecerá até que se verifique sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu maximo legal". [1]).

A defeituosa redacção desse dispositivo desperta não pequenas duvidas. A phrase "onde permanecerá até que se verifique sua regeneração" applica-se ás duas hypotheses — a da internação em estabelecimento proprio para condemnados de menor edade e a do recolhimento em prisão commum ? No caso affirmativo, que significação se deve attribuir á referencia feita ao art. 65 do codigo penal? No caso negativo, porque a desegualdade no tratamento? Porque se exige, no segundo caso, a regeneração e, no primeiro, não? O emprego da pena relativamente indeterminada sómente em relação ao menor de 18 annos e maior de 16 é uma idéa incompleta. Na pratica poderá dar logar a clamorosas desegualdades.

Quando se poderá dizer que o menor é *perigoso pela sua perversão moral?* A resposta depende de um complexo de factos e circumstancias só apreciaveis pelo juiz em cada caso concreto. [2]).

---

1) O maximo legal é o correspondente ao facto praticado, com a reducção da terça parte.
2) Beatriz Mineiro, *Codigo de menores*, pag. 114.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 50 — O condemnado á prisão cellular por tempo excedente a seis annos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciaria agricola, afim de cumprir o restante da pena.

§ 1.° — Se não perseverar no bom comportamento, a concessão será revogada e voltará a cumprir a pena no estabelecimento de onde sahiu.

§ 2.° — Se perseverar no bom comportamento, de modo a fazer presumir emenda, poderá obter livramento condicional, contanto que o restante da pena a cumprir não exceda a dois annos.

Art. 51 — O livramento condicional será concedido por acto do poder federal, ou dos Estados, conforme a competencia respectiva, mediante proposta do chefe do estabelecimento penitenciario, o qual justificará a conveniencia da concessão em minucioso relatorio.

§ unico — O condemnado que obtiver livramento condicional será obrigado a residir no logar que fôr designado no acto da concessão e ficará sujeito á vigilancia da policia.

Art. 52 — O livramento condicional será revogado se o condemnado commetter algum crime que importe pena restrictiva da liberdade, ou não satisfizer a condição imposta. Em tal caso, o tempo decorrido durante o livramento não se

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

computará na pena legal; decorrido, porém, todo o tempo, sem que o livramento seja revogado, a pena ficará cumprida.

I. — O instituto do livramento está hoje regulado, [1]) de modo mais perfeito, pelo decreto n.º 16.665, de 6 de novembro de 1924. A commissão de juristas que, por encargo do ministro João Luiz Alves, no governo Arthur Bernardes, elaborou o projecto desse diploma, [2]) escreveu em sua exposição de motivos:

"As bôas intenções que presidiram á redacção do Codigo Penal do Brasil em 1890, nos seus artigos 50 a 52, não tiveram condigna realização por falta do apparelhamento penitenciario que esse codigo estabelecera, o que nunca foi conseguido, e mais ainda porque não chegou a haver uma regulamentação do livramento condicional, que permittisse a sua applicação, supprindo as deficiencias dos estabelecimentos penaes. A evolução das reformas do Direito Criminal exige inteiro remode-

---

1) Padecia de graves senões a organização dada pelo codigo ao instituto do livramento condicional. A critica não os poupou. Os projectos de reforma (J. Vieira e da Camara dos Deputados) não foram mais felizes. Na vigencia das disposições do codigo, se entendia geralmente que não podia ser applicado o livramento condicional, emquanto não entrasse em inteiro vigor o regime penitenciario adoptado. O Pará, por iniciativa do senador Turiano Meira, estabeleceu na lei n.º 679, de 15 de março de 1900, o processo para a liberação antecipada, que todavia, não chegou a executar-se, em vista do Superior Tribunal de Justiça desse Estado ter resolvido que era inapplicavel o instituto emquanto não se organizasse o regime penitenciario do codigo (Aliomar Baleeiro, *O livramento condicional*, Bahia, 1926, pag. 37). No Estado de São Paulo, a lei n.º 1.406, de 26 de dezembro de 1913, regulou a concessão do livramento, a qual ficou sendo da competencia do poder executivo. Por vezes foi o livramento concedido.

2) Compunha-se a commissão dos drs. Astolpho Rezende, Candido Mendes, Mafra de Laet e Mello Mattos.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

lamento do mecanismo penal, pelo que a lei n. 4.577, de 5 de setembro de 1922, [3]) autorizou a adopção de providencias praticas aconselhadas pelas novas legislações dos outros povos, á vista dos resultados obtidos, sendo que até aos proprios condemnados a penas perpetuas tem sido permittida e com vantagem publica a applicação do livramento condicional. A experiencia durante tantos annos, nos varios paises em que tem sido posto em pratica o livramento condicional, aconselha permittí-lo em todos os casos em que a condemnação attinja ou exceda o prazo de tres annos; e quando tenha sido cumprida pelo menos a metade da pena de prisão. E, na America do Sul, as novas legislações, especialmente os novos codigos penaes da Republica Argentina de 1922, art. 13, e da Republica do Perú, de 1924, art. 58, o concedem para todos os condemnados, sem distincção. O projecto do novo codigo penal italiano assim o determina, só exigindo o cumprimento prévio de dois terços da pena para os criminosos habituaes, prazo que consigna ainda timidamente. Outra providencia da mais alta importancia é tornar essa concessão um acto normal de *execução judiciaria* e não um favor politico ou mesmo uma mercê de

---

3) Por esse acto do poder legislativo foi o executivo autorizado "a rever e reformar os regulamentos das Casas de Detenção, Correcção, colonias e escolas correcionaes ou preventivas, bem como verificar a situação dos presos pelos juizes seccionaes do Districto Federal e dos Estados, no sentido de uniformizar e unificar a direcção dos estabelecimentos penaes dependentes do Governo Federal e de *tornar effectivo o livramento condicional* e o regime penitenciario legal, modificando-o no que fôr necessario, de accordo com os idéaes modernos, tendentes á regeneração dos criminosos, e os relativos aos incorrigiveis, á creação de penitenciarias agricolas, *suspensão da condemnação* (*sursis*), encurtamento da pena pelo bom comportamento (lei americana do *good time*), providenciando a respeito do modo mais conveniente". Foi o poder executivo accusado de haver exorbitado da autorização ou delegação legislativa; mas o poder judiciario deu execução ás reformas decretadas (Ary Franco, *Livramento condicional*, Rio, 1931, pag. 10). Contra as delegações legislativas escreveu brilhantemente o ministro Pedro dos Santos (*Revista de critica judiciaria*, IV, pag. 10 e segs).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

caracter administrativo. No intuito de assegurar absoluta imparcialidade na averiguação do merecimento de cada candidato ao livramento condicional, estabelece o projecto do novo codigo penal italiano a necessidade de parecer do Conselho de Vigilancia, *Consiglio di Sorveglianza (Relazione,* pag. 107, n.º 2), analogo ao *Board of Parole* dos Estados Unidos, problema que as legislações do Uruguay, Argentina e Perú resolveram pela creação do Conselho Penitenciario. Essa idéa parece a mais conveniente ao Brasil, principalmente exigindo-se que desse Conselho Penitenciario façam parte pelo menos tres juristas, de preferencia professores de direito e em actividade forense, e dois medicos, tambem professores e clinicos effectivos. Esse Conselho, livremente escolhido pelo Governo Federal no Rio de Janeiro e no Acre e pelos Governadores ou Presidentes dos Estados, será com certeza optimo orgam de vigilancia, de amparo dos condemnados e dos egressos e de consulta ao poder judiciario e aos governos. A constante assistencia desse Conselho Penitenciario, exercido como *munus* por pessôas gradas, desinteressadas e por isso mesmo zelosamente, constitue uma das melhores garantias da bôa execução do instituto do livramento condicional, que, sem esse apparelho, poderia vir a tornar-se um pessimo elemento de perturbação social. Do Conselho, porém, não deve fazer parte o director do estabelecimento penal, a que pertencer o preso em discussão, não tendo direito de voto, mas devendo estar presente para, com o medico, dar ao Conselho todas as informações necessarias.

A situação dos reincidentes é assumpto que deve ficar dependente do estudo do Conselho Penitenciario, e do juiz respectivo em cada caso occorrente, attendendo-se ás condições subjectivas de cada condemnado. Não parece conveniente estabelecer prohibições eliminatorias; e assim o entendeu a commissão dos juristas italianos,

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

admittindo a possibilidade da concessão do livramento condicional, nos arts. 83 e 85, do projecto do novo codigo, aos *delinquentes habituaes*, sob especiaes condições". [4]).

Submettendo ao exame e á approvação do presidente da Republica o regulamento que mandara organizar, disse o ministro da Justiça:

"Apesar das lacunas do regimen penitenciario, nada impede a pratica do livramento condicional, como o reconheceu a lei n.º 4.577, de 5 de setembro de 1922, desde que elle seja cercado das garantias que o projecto, com muita felicidade, instituiu. Estas garantias residem: *a*) na exigencia de cumprimento de mais de metade da pena, sendo elle, em certa parte, feito em penitenciaria agricola ou em trabalhos de utilidade publica; *b*) no limite de quatro annos das penas susceptiveis do beneficio, limite que o codigo fixava em seis annos e a commissão em tres, adoptando o projecto um termo medio; *c*) na prova de bom comportamento, indicativo de regeneração; *d*) na necessidade de ser a concessão precedida de informação minuciosa e favoravel do Conselho Penitenciario, constituido de forma a assegurar o rigor e a imparcialidade dos seus actos; *e*) na competencia exclusiva do Poder Judiciario para autorizar o livramento condicional; *f*) no recurso concedido ao M. P. contra a concessão; *g*) na vigilancia permanente do liberado e na assistencia que lhe deve ser dada; *h*) na revogação do beneficio, no caso de nova infracção da lei penal pelo liberado.

Cercado dessas garantias, como estimulo fecundo á regeneração do criminoso, o livramento condicional é um substitutivo salutar do uso, por vezes inconveniente, da commutação das penas pelo Poder Executivo". [5]).

---

4) A exposição de motivos está publicada, na integra, na *Revista do Supremo*, LXXVI, pag. 833.

5) *Revista cit.*, pag. 832.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A natureza juridica do livramento condicional está claramente caracterizada no regulamento de que tratamos: é uma simples medida concernente á execução da pena, que "se destina a estimular o condemnado a viver honestamente em liberdade, reintegrando-se pouco a pouco na sociedade dos homens livres, mantido, porém, o temor da sua nova reclusão, caso não proceda satisfatoriamente". Foi afastada a idéa de renuncia á pena ou de perdão.

Constitue o livramento condicional mero favor ou, preenchidas as condições legaes, representa, para o condemnado, verdadeiro direito, cujo reconhecimento lhe é licito exigir?

A resposta, em face de nossa lei, nos parece que deve ser, *cum grano salis*, no primeiro sentido. *De jure condendo*, é discutivel se não conviria dar ao condemnado o direito de, concorrendo os requisitos legaes, obter o beneficio. E' innegavel que com isso lucraria a efficacia do instituto. Não se póde com verdade dizer que o condemnado tem as chaves da prisão nas mãos (como se exprime Garraud) quando o livramento condicional é um simples favor e não um direito. [6]).

Consoante o art. 1.º do regulamento, poderá ser concedido livramento condicional a todos os condemnados a penas restrictivas da liberdade por tempo não me-

---

6) "O livramente condicional não constitue direito do condemnado, ao qual corresponda a obrigação correlata da concessão. Mas não é tambem um puro favor, entregue ao capricho dos tribunaes e das autoridades competentes. E' uma medida confiada ao prudente criterio dos que a tem de applicar, os quaes ficam no inilludivel dever de observar as normas estabelecidas pelo legislador e os principios reguladores do instituto". Esta maneira de conceituá-lo, conciliadora, é a que vae predominando, se não nos enganamos, em nossa jurisprudencia. Defende-a muito bem, perante o direito allemão, onde tambem as opiniões são discordantes, o monographista Goerlich (*Die vorlaeufige Entlassung*, Breslau, 1906, pag. 35).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

nor de quatro annos de prisão (actualmente um anno, como adeante veremos), de qualquer natureza. Algumas legislações excluem do livramento condicional os criminosos habituaes ou reincidentes [7]) e os estrangeiros. [8]). O moderno codigo italiano dispõe que não poderão obter livramento condicional os condemnados que, após o cumprimento da pena, devem ser submettidos a medidas de seguranças detentivas (art. 176, ult. alin.). Identico preceito se nos depara no § 4.º do art. 65 do codigo polaco, e no art. 131 do uruguayo. Não estabelecendo restricções, andou com acerto o legislador patrio. [8a]).

Póde dizer-se o mesmo de haver estendido á pena de reclusão o beneficio do livramento condicional? Essa pena se applica a pessôas que não precisam de incentivo á regeneração ou que se lhes prepare e facilite a passagem da prisão para a liberdade. O codigo allemão não admittiu o livramento condicional no caso de prisão em fortaleza *(custodia honesta)*. Applaudiram-no por isso diversos escriptores (como Schwarze, Sichart, Mittermaier), ao passo que outros o censuraram (como Gennat

---

7) O codigo hungaro não admitte o livramento condicional em relação aos reincidentes de certos crimes (art. 49, 2.º). Tambem assim procedia o italiano (1889), sendo que este excluia do beneficio os que reincidissem, em qualquer crime, pela segunda vez. O argentino dispõe, no art. 14:" "Libertad condicional no se concederá a los reincidientes". O turco (1926) exclue os reincidentes de determinados crimes e os individuos condemnados, duas ou mais vezes, á penas privativas da liberdade superiores a cinco annos. Regras especiaes acerca do livramento condicional dos reincidentes contém o codigo peruano (tit. XIV).

8) A Hungria e o cantão de Zuerich fazem esta exclusão. Por elle se pronunciou Alberto Rivière na Sociedade de legislação comparada (*Bulletin*, 1889, pag. 308).

8-a) O mesmo não aconteceu com o argentino: a lei de 24 de setembro de 1930 nega o beneficio do livramento aos que commettem delictos de corrupção de menores e proxenetismo. A de 19 de julho de 1932 tambem o recusa ao estrangeiro que, expulso, volta ao país e é por isso condemnado.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

e Goerlich). Os projectos de reforma attenderam a estes ultimos; na *Einschliessung*, que substituiu, com maior anchura, aquella pena, não é excluido o livramento condicional. Cremos que andou bem o legislador brasileiro.

Algumas legislações não permittem o livramento condicional em relação a determinadas categorias de crimes. Bem inspirado, o regulamento não abre excepção alguma. Fê-lo o dec. n.º 20.930, de 11 de janeiro de 1932, no art. 35. [9]). Foi um erro. A idéa do livramento condicional nada tem que ver com a natureza ou gravidade do facto criminoso. [10]).

A duração da pena, que, no systema do codigo, era de seis annos, passou, no regulamento, a ser de quatro. Esse minimo era ainda demasiadamente elevado. A tendencia moderna, da qual se divorciou o codigo fascista, que só admitte o livramento condicional nas penas detentivas superiores a cinco annos (art. 176), era para abaixar o minimo. O dec. n.º 24.351, de 6 de junho de 1934, no art. 5.º, introduziu a seguinte modificação: "Poderá ser concedido livramento condicional aos condemnados por uma ou mais penas de mais de um anno, observadas as disposições do dec. n.º 16.665, de 6 de novembro de 1924". [11]) [12]).

---

9) Esse decreto fiscaliza o emprego e o commercio de substancias toxicas entorpecentes, regula a sua entrada no país, de accordo com a solicitação da Commissão central permanente do opio da Liga das Nações, e estabelece penas. O art. citado diz: "Nos crimes previstos neste decreto não tem logar a suspensão da execução da pena nem o livramento condicional".

10) Mittermaier, *Vergleichende Darstellung*, A. T., IV, 559; Vincent-Dopffer, *La libération conditionelle*, pags. 52 e 63. O projecto Sá Pereira não consigna qualquer excepção.

11) Mittermaier accentúa essa tendencia, que lhe parece perfeitamente razoavel (*Ob. cit.*, pag. 560). No mesmo sentido: Goerlich, *ob. cit.*, pag. 38.

12) A pena que se deve ter em vista para a concessão do livramento, no caso de commutação, é a que resulta desta. Assim se decidiu, mui juridicamente, no accordam que se lê na *Revista de jurisprudencia brasileira*, XXX, pag. 75.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Relativamente á quota parte da pena que deve ser cumprida, fixa-a o regulamento em mais da metade. Este prazo, porém, está condicionado ao requisito de haver sido uma quarta parte da pena cumprida em penitenciaria agricola ou em *serviços externos de utilidade publica.* [13]). Se isto não se tiver verificado, independentemente da vontade do criminoso, será o prazo de dois terços. No systema do codigo, cumprida a pena, parte em prisão cellular, parte em trabalho em commum, devia o condemnado ser transferido para uma penitenciaria agricola, onde permaneceria até que o restante da mesma pena se reduzisse a dois annos. Seguira o legislador de 1890 o exemplo, nada merecedor de imitação, do codigo italiano, que determinava o limite maximo do periodo probatorio do livramento condicional (3 annos). [14]).

Menos exigentes do que a nossa são as legislações da Belgica, do Japão e do cantão de Lucerna que se contentam com um terço do cumprimento da pena. A porcentagem mais usual é de dois terços (cod. peruano, polaco, uruguayo, dinamarquês, projecto grego, etc.). Leis ha que a aumentam ou diminuem, segundo a natureza da pena ou o caracter do condemnado. Tratando-se de prisão perpetua, a exigencia vae de 10 annos (Bel-

---

13) Esses serviços são os prestados, fóra do estabelecimento, em obras de utilidade publica, como abertura de ruas ou caminhos, caes, construcções, etc. Os prestados dentro da prisão, aos outros presos ou á administração, por mais valiosos que sejam, não se enquadram no conceito legal. O accordam da Suprema Côrte, em sentido contrario, é insustentavel.

14) O codigo turco, *ad instar* do italiano revogado, prescreve que o resto não deve exceder de 3 annos. O codigo Rocco (art. 176) dispõe: "... se il rimanente della pena non supera i cinque anni". Tambem no Egypto o resto da pena não póde ultrapassar de cinco annos. O periodo de prova deve ser o restante da pena, sem aumento (como propuzeram alguns criminalistas) ou diminuição. E' arbitraria e inconveniente a fixação de um maximo, feita por essas legislações.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

gica, Japão, China, projecto checo-eslovaco) até 35 (alguns Estados norte-americanos). Quanto a reincidentes, a quota costuma ser elevada a tres quartos. Assim procede, por exemplo, o hodierno codigo italiano.[15]).

Para conseguir a liberdade antecipada, deve o condemnado ter tido, durante o tempo da prisão, bom comportamento, indicativo de sua regeneração. Não exige o regulamento prova ou garantia de que esta se tenha realmente verificado. Basta que, pelas suas condições pessoaes, faça o liberando nutrir a esperança de que continuará a proceder bem.[16]). O livramento condicional

---

15) O projecto Sá Pereira marca, para o criminoso primario, metade da pena; e, para o por indole ou reincidente, dois terços (art. 126, 1). Deve-se computar no periodo necessario de cumprimento da pena — mais de metade — o tempo da prisão preventiva? A duvida tem sido suscitada em diversos países. Na Allemanha, a opinião dominante responde negativamente (Binding, *Grundriss*, 246; Frank, comm. ao § 23 do codigo penal; Wirth. *Blaetter f. Gefaengniskunde*, XXIII; e outros mais). Em sentido contrario: Geyer, *Grundriss*, I, 152; Finger, *Deut. Strafr.*, I, 473; Goerlich, *ob. cit.*, pag. 51; Schwartz, comm. ao § 23 do codigo penal, etc. Mittermaier opinou que a questão devia ser resolvida pela lei e em sentido affirmativo (*ob. cit.*, pag. 562, n. 3). Os projectos de reforma preferiram a solução commum. A legislação norueguêsa e a suéca mandam, expressamente, levar em conta a prisão preventiva. Diversamente o recente codigo polaco. Elle diz (conforme a traducção francêsa): "Le période de la detention préventive et la partie de la peine remise ne sont pas imputées sur la peine prononcée et la peine subie". O codigo Rocco não é claro a respeito. Interpreta-o Ottorino Vannini, nos commentarios sob a direcção de U. Conti, vol. I, pag. 708, dizendo: "Il carcere preventivo, in quanto pur diminuendo la pena da scontare, non é pena scontata, non può essere computata agli effetti della concessione del beneficio". Entendemos, com Mittermaier, que a questão deve ser resolvida legislativamente e em sentido favoravel á computação.

16) E' este o ponto de maiores difficuldades na organização do instituto do livramento condicional. Que se deve exigir do condemnado para que se lhe conceda o beneficio do livramento? Bastará que elle observe estrictamente os regulamentos da prisão, que elle ahi proceda" observando con regularidad los regulamentos carcelarios", como se exprime o codigo argentino? Sem duvida é isso muito pouco e só póde satisfazer aquelles que vêem no livramento condicional um meio apenas para a conservação da disciplina nas prisões. A submissão aos regulamentos é muitas vezes filha da hypocrisia ou da adulação. Os grandes criminosos não raro portam-se exemplarmente nas prisões. E' necessario que elle (o condemnado) deixe patente a sua regeneração, demonstre por actos

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

visa completar e solidificar a obra da regeneração. Sómente quando occorram circumstancias que levem fundadamente a descrer da proficuidade dessa medida, deve ella ser denegada. Cumpre que a concessão não se transforme em favor excepcional e raro.

A competencia attribuida pelo regulamento á autoridade judiciaria — o juiz ou presidente do tribunal perante o qual tiver sido realizado o julgamento, em primeira ou em unica instancia, ou o juiz das execuções criminaes, onde o houver, e em cujo cartorio ou secretaria deve achar-se o processo, sem prejuizo da competencia do juiz federal — para a concessão e revogação do livramento condicional representa um verdadeiro progresso.[17]).

Dá o regulamento ao juiz a faculdade de estabelecer as condições que se lhe afigurem convenientes, para que o livramento seja concedido — submissão a um patronato, observancia de certas regras de comportamento,

---

positivos, que dominou a paixão ou inclinação viciosa que o impelliu á pratica do crime, como quer o codigo mexicano? Sem duvida é isso demasiado. Importa exigir do condemnado uma prova que elle mui difficilmente poderá offerecer e tornar o livramento quasi sem applicação. O que se póde pretender do condemnado é apenas um procedimento, durante a expiação da pena, que faça razoavelmente acreditar na sua emenda, actual ou proxima. O livramento condicional, que não constitue renuncia á punição, mas modalidade especial, mitigada, desta ultima, serve para completar a obra regeneradora iniciada pela privação da liberdade e sujeição ao regime da prisão. O crime perpetrado só tem importancia como elemento revelador do caracter do condemnado. Esse caracter deve ser apreciado, para que se possa concluir pela provavel efficacia ou inefficacia do livramento.

Das formulas que se encontram nas legislações, a que mais nos agrada é a do codigo polaco, assim redigida: "... si sa conduite (do condemnado) pendant qu'il subit la peine et sa situation personnelle donne à presumer qu'il ne commettra pas une nouvelle infraction". A do dec. 16.665 é muito menos perfeita.

17) Sobre a competencia para a concessão do livramento condicional nas diversas legislações: Mittermaier, *ob. cit.*, pag. 571, n. 2. O ultimo projecto francês estatue: "Elle (la libération) est accordée par l'autorité judiciaire".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

prohibição de morar em determinado logar, abstenção de bebidas alcoolicas, adopção de meio honesto de vida, dentro do prazo fixado.

Esta enumeração é apenas exemplificativa. No estabelecer as condições do livramento, cumpre á autoridade judiciaria não perder de vista que ellas não devem constituir empecilho a que o liberado possa viver honestamente. E' mistér que as restricções á liberdade do beneficiario da concessão não constituam estorvo á sua regeneração. Nunca deve ser confiada á policia a sua vigilancia. [18]).

Subordina o art. 10.º do regulamento a concessão do livramento condicional á obrigação de fazer o condemnado as reparações, indemnizações ou restituições devidas, bem como a pagar as custas do processo, salvo caso de insolvencia provada e reconhecida pelo juiz. [19]). Este — accrescenta o citado dispositivo — poderá fixar prazo para a ultimação desses pagamentos, [20]) tendo sempre

---

18) A policia costuma, em toda parte, tratar os liberados com desconfiança, como individuos suspeitos ou perigosos; e assim os atira novamente nos braços do crime.

19) Os projectos suissos consignam, entre as condições do livramento, "s'il (le condamné) a, autant qu'il était en son pouvoir, reparé le dommage fixé par le juge". Na segunda commissão de peritos, disse o professor Gautier: "Cette exigence est parfaitement justifiée et il n'y faut pas renoncer, car le désir et l'intention arretée de reparer le mal qu'on a fait est le signe le plus certain de l'amendement (*Procès verbal*, I, pag. 243)". A lei austriaca de 1920 tambem exige que o condemnado tenha reparado ou indemnizado o mal que produziu. O codigo Rocco dispõe: "La concessione della liberazione condizionale è subordinata all'adempimento delle obbligazioni civili derivanti del reato, salvo che il condannato dimostri di trovarsi nella impossibilità di adempierle". Codigos de data recente, como os da China, Polonia, Dinamarca e Uruguay, não se referem a este requisito.

20) O prazo para a ultimação dos pagamentos fica ao prudente arbitrio do juiz. E' preciso que o condemnado tenha impossibilidade (não basta simples difficuldade) de realizá-lo promptamente. Tal impossibilidade não deve ser imputavel, directa ou indirectamente, á culpa do obrigado.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

em attenção as condições economicas ou profissionaes do liberado; o que tudo deverá ser apreciado na sentença.

A approvação ou acceitação, por parte do liberando, das condições impostas (art. 13, 3.º) é requisito que bem podia ser dispensado. Elle traduz a acquiescencia do mesmo liberando á concessão da medida. O codigo allemão, em seu § 23, insere esse requisito. Os projectos de reforma o desprezam, ouvindo as criticas feitas a respeito. Com razão observa Aschrott que, para a concessão do livramento, deve ser decisivo o interesse publico e não a vontade, o arbitrio do condemnado. [21]).

O livramento se effectua, solemnemente, na presença dos demais presos, para lhes servir de estimulo, em dia designado pelo Conselho Penitenciario. O director do estabelecimento chamará a attenção do liberando para as condições que deve observar no goso da liberdade limitada que lhe é outorgada. De tudo se lavrará o competente termo, que será subscripto pelo mesmo liberando. Uma copia, authenticada pelo director, lhe será entregue; outra será remettida ao juiz, para ser junta ao processo penal. Receberá o libertado uma caderneta para ser exhibida, quando necessario, á autoridade judiciaria ou administrativa. Deve o mesmo communicar, mensalmente, ao director do estabelecimento a sua residencia e occupação, salarios ou proventos de que viva, economias que consiga depositar e difficuldades que haja encontrado para manter-se.

---

21) A exposição de motivos (*Begruendung*) do projecto de 1909 justifica muito bem o abandono da antiga exigencia (pag. 106). A necessidade de acquiescencia ou de pedido do condemnado é reconhecida pelas legislações da Belgica, Hollanda Suecia, Italia (1889), Finlandia, Hungria, etc. A França e a Noruega se collocam no ponto de vista contrario. O codigo italiano actual não contém mais a clausula "a sua istanza". O nosso codigo se filiava a este grupo. O projecto João Vieira exigia requerimento do condemnado. O da Camara dos deputados supprimiu esse requisito. O projecto Sá Pereira seguiu o mesmo rumo.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O livramento condicional presuppõe, por via de regra, requerimento do condemnado. Póde, entretanto, ser de iniciativa do Conselho. No primeiro caso, a audiencia prévia deste é indispensavel, sob pena de nullidade. Cabe ao presidente do Conselho encaminhar ao juiz o pedido, instruido com as copias da acta de deliberação do mesmo Conselho e do relatorio informativo que tiver sido apresentado. Antes da decisão deve ser ouvido o representante do Ministerio Publico. Da concessão ha recurso, com effeito suspensivo.

Em dois casos, segundo o art. 20, póde o beneficio outorgado soffrer revogação: *a*) se o liberado vier a ser condemnado por qualquer infracção penal que o sujeite a pena restrictiva da liberdade;[22]) e *b*) se não cumprir as condições que lhe tiverem sido impostas na sentença.

Dividem-se as legislações, quanto a este assumpto, em tres grupos: umas estabelecem a revogação com caracter obrigatorio; outras, apenas a facultam; e outras, combinam os dois pontos de vista. A italiana pertence ao primeiro grupo. O art. 177 do codigo actual prescreve: "La liberazione condizionale *é revocata,* se la persona liberata commette un delitto o una contravvenzione della stessa indole, ovvèro trasgredisce agli obblighi inerenti alla libertá vigilata...". A allemã ao segundo. O § 24 do codigo penal allemão declara que o livramento condicional *póde ser* revogado, quando o liberado deixar de cumprir as obrigações que lhe foram impostas ou têm máu procedimento *(bei schlechter Fuehrung)*. Tambem é facultativa a revogação na lei norueguêsa.

---

22) E' mistér que haja sentença condemnatoria passada em julgado.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Figura no terceiro grupo, por exemplo, o recente codigo da Polonia. Dispõe elle que o livramento condicional será revogado se o liberado commetter, durante o periodo de prova, nova infracção, inspirada pelos mesmos motivos da anterior ou por moveis da mesma categoria. Permitte a revogação, se o liberado, no referido periodo, praticar infracção differente, se se subtrahir á vigilancia ou proceder mal (art. 67).

O codigo argentino organizou o instituto de modo original e interessante: a liberdade condicional será revogada, se o condemnado commetter novo crime ou violar a obrigação de residencia. Nos casos de inobservancia das regras de procedimento (especialmente a obrigação de abster-se de bebidas alcoolicas) fixadas no auto de soltura, de não adopção, dentro do prazo que o mesmo auto determina, de officio, arte, industria ou profissão e de não sujeição aos cuidados de um patronato (hypotheses dos ns. 2.º, 3.º e 5.º, do art. 13) "el tribunal *podrá* disponer que no se compute en el término de la condena todo *o parte* del tiempo que hubiere durado la libertad, *hasta que el condenado cumpliese el dispuesto en dichos incisos*".

O projecto suisso não se contenta, para a revogação, com qualquer especie de crime, pois exclue os culposos; nem com a simples inobservancia das condições estabelecidas. Elle exige advertencia formal da autoridade do patronato e obstinação do liberado, nos casos de transgressão das condições. O dispositivo a respeito está assim redigido: "Si le libéré abuse de la liberté, si, par exemple, il commet un *délit intentionel, si au mépris d'un avertissement formel* de l'autorité *il persiste* a enfreindre les règles de conduite à lui imposées, ou s'il se soutraït *obstinement* au patronage, l'autorité compétente ordonera sa réintegration dans l'établissement".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Dos projectos allemães, destacaremos o de 1925. Dispõe elle que o tribunal decretará a revogação do livramento, quando o liberado soffrer condemnação criminal por facto posterior á concessão. Se o facto fôr anterior, a revogação será facultativa. Egualmente o será, se o facto posterior admittir a condemnação condicional ou a pena fôr meramente pecuniaria. Relativamente ás condições impostas, a revogação dar-se-á se a violação fôr grave *(groeblich)* ou se o procedimento do liberado não permittir a esperança de que elle se abstenha de outras acções criminosas.

Como se infere destes exemplos, a revogação do livramento condicional não tem em muitas legislações o excessivo rigor que lhe imprimiu o nosso regulamento. Com este mesmo espirito está redigido o projecto de reforma do codigo penal. O art. 132 preceitúa que o livramento será revogado se o liberado, durante o periodo de prova, incorrer em crime, cuja pena seja a detenção, a prisão ou a relegação ou se não cumprir as condições que lhe tenham sido impostas na sentença. No primeiro caso, a revogação se operará de pleno direito; no segundo, mediante decisão do juiz.

Consequencia da revogação é que a parte restante da pena, a porção que faltava, quando da concessão do livramento, deve ser cumprida, sem qualquer deducção. [23]). Consoante o art. 21 do regulamento, revogada a concessão do livramento condicional, não se poderá fazer segunda ao condemnado. Principio identico se en-

---

23) Sómente o cantão de Schwitz e o Egypto (em parte tambem Zuerich e Soleure) admittem um desconto, medida aliás propugnada por notaveis escriptores (como Wahlberg, Merkel, Gross, Glaser). A idéa de uma prolongação do residuo da pena conta tambem defensores (Wirth, Berenger). Contra o aumento ou diminuição: Vincent-Dopfer, *ob. cit.* pag. 175 e segs. O codigo polaco, para que a pena se tenha como cumprida, exige o decurso de mais de 3 meses além do periodo de prova (art. 68).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

contra no direito italiano, no hollandês e em outros. São de pouca consistencia os motivos que se invocam para justificá-lo.[24]). Expirado o prazo do livramento, a pena se terá por cumprida (art. 22).

Estas são as normas que regulam actualmente o instituto do livramento condicional em nosso país.[25]). Tem elle produzido por toda parte, inclusive (segundo se assevera)[26]) em nossa patria, excellentes resultados. Mas a sua efficacia depende intimamente da existencia de instituições de vigilancia, auxilio e protecção aos liberados. Discute-se se essas instituições devem ser de organização privada ou official. Em um país como o nosso,

---

24) E' erro suppôr que, revogada a primeira concessão, não possa o condemnado, pelo seu procedimento posterior, merecer segunda. Nelle incorre, por exemplo, o codigo argentino (art. 17). O projecto brasileiro (Sá Pereira) não soube ou não quiz evitá-lo (art. 134).

25) O instituto do livramento condicional, de origem inglêsa, está hoje espalhado por todo o mundo civilizado. Admiravel foi a sua propagação. Prins a qualificou como um dos phenomenos mais interessantes da sciencia penal internacional. Entretanto, ainda não existe accordo a respeito de seu verdadeiro caracter juridico. A opinião que mais adeptos conta é a que o considera como simples medida de execução da pena. Foi entre os sectarios da teoria da retribuição que esse instituto encontrou maiores adversarios. A verdade, hoje geralmente reconhecida, é que nenhuma incompatibilidade existe entre elle e essa teoria. Tambem está na convicção geral que o livramento condicional se adapta a qualquer regime de execução das penas privativas da liberdade. Estes e outros pontos foram largamente debatidos no congresso penitenciario de Stockolmo (1878). No de Washington (1910) se discutiu amplamente a questão da competencia para a concessão.

26) O dr. Candido Mendes de Almeida, em seu relatorio á Sociedade Geral das Prisões, em 1930, asseverou que os resultados praticos do livramento condicional, no Brasil, no periodo de 1924 a 1929, haviam sido optimos. Que os insuccessos eram poucos. E que, graças á prudencia e imparcialidade dos conselhos penitenciarios e principalmente da solemnidade de que se revestia o acto do livramento, este produzia nas prisões um effeito de reerguimento que merecia ser proclamado: os peiores prisioneiros, considerados incorrigiveis, tornavam-se melhores, de modo impressionante. Os máus se transformavam, tornando-se doceis e trabalhadores; os bons ainda ficavam melhores (*Revue penitentiaire*, 1930, pag. 383).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

em que a iniciativa particular é deficiente e morosa, a segunda solução parece preferivel. [27]) [28]).

---

27) No congresso penitenciario realizado em Londres (1925) se reconheceu que, na propria Inglaterra, onde as associações de patronato, devidas á iniciativa particular, mais se haviam desenvolvido, já não eram ellas sufficientes. A acção governamental foi considerada necessaria. Funcciona o patronato official na Belgica, Irlanda, Argentina, no cantão de S. Gall, nos Estados americanos de Massachusets, Nova Hampshire, Rhode Isiand e Nova Jersey. Em nosso país, foi o patronato instituido officialmente, quando ministro da Justiça o dr. Esmeraldino Bandeira, pelo dec. n. 3.2333, de 22 de setembro de 1910. O dec. n.° 16.665, em seu art. 16, dispõe: "O liberado ficará sujeito á vigilancia do director do estabelecimento, de onde sair, auxilado pelo Patronato Juridico dos Condemnados e pelo Patronato dos Presos no Districto Federal, e pelos patronatos analogos nos outros pontos do territorio nacional". Sobre os dois referidos patronatos: Candido Mendes, *As novas reformas penaes*, Rio, 1931, pg. 123. O Estado de S. Paulo, pela lei n.° 2.168, de 24 de dezembro de 1926, creou o Patronato official dos condemnados, liberados condicionaes e egressos definitivos das prisões. A lei n.° 497, de 27 de dezembro de 1935, que organizou o departamento de assistencia social do Estado, se occupa, no tit. IV, da protecção aos egressos dos estabelecimentos penaes. Sobre o assumpto: Fuchs, *Schutzwesen*, no *Handbuch des Gefaengniswesen* de v. Holtzendorff e v. Jagemann, Hamburgo, 1888, II, 351; Krohne, *Lehrbuch* pag. 276; Starke, *Gefaengenen und Entlassenfuersorge*, no livro de Frede e Gruenhut, *Reform des Strafvollzuges*, pag. 203 e segs.; H. Seybarth, *Fuersorge fuer Gefangene und Entlassene* na obra de Bumke, *Deutsches Gefaengniswesen;* Armand Praviol, *Le patronage des libéres*, Tolouse, 1901; Vidal, *Cours de droit pénal*, n. 526; etc. Em nossa patria: Lima Drummond, *Noções de dir. criminal (penologia)*, Rio, 1919, pag. 155 e segs.; Ribeiro de Araujo, *Sciencia penitenciaria positiva*, Rio, 1923, pag. 273 e segs.; Lemos Brito, *Os systemas penitenciarios*, III, pag. 375, etc.

28) Riquissima é a literatura a respeito do livramento condicional. Além das obras de Goerlich, Mittermaier, L. George, Vincent-Dopfer e outras, já citadas, são dignas de especial mensão: Nocito, *Della liberazione condizionale*, Roma, 1880; Peratoner, *Liberazione condizionale*, Catania, 1891; U. Conti, na *Enciclopedia* de Pessina. IV, pag. 249 e segs.; De Notaristefani, *Digesto italiano*, s. v. *Liberazione condizionale*, XIV, pag. 748 e segs.; Castejon, *Libertad convencional*, Madrid, 1915; Mousson, *Die bedingte Entlassung in schw. Recht*, Zuerich, 1912; Firmino Garicoits, *Liberación condicional*, Montevideu, 1932. Dos escriptores nacionaes devem ser lembrados: João Chaves, *Sciencia penitenciaria*, n. 138 e segs.; Ary Azevedo Franco, *Livramento condicional*, Rio, 1931; Aljomar Baleeiro, *O livramento condicional*, Bahia, 1926; Armando Costa, *Livramento condicional*, Rio, 1934.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Não poremos termo ao commentario relativo ao livramento condicional sem que indiquemos algumas questões a que o dec. n.º 16.665 tem dado ou póde dar logar.

Deve ser denegado o livramento ao sentenciado que não esteja em estabelecimento penitenciario, mas recolhido a qualquer prisão, sem regime educativo e disciplinar? O conselho penitenciario de S. Paulo entendeu, *nemine discrepante,* que sim. A jurisprudencia, porém, tem decidido de modo contrario. Em numerosos arestos da Côrte Suprema se encontra consagrada a doutrina de que "a circumstancia de não estar o liberando recolhido a um estabelecimento penitenciario não póde prejudicar o direito eventual ao livramento condicional". Ha um argumento que, ao nosso ver, córta toda a questão. O dec. 16.665 permitte o livramento condicional qualquer que seja a natureza da pena privativa da liberdade; portanto, até ao sentenciado que não esteja sujeito ao regime penitenciario, isto é, ao regime progressivo estabelecido pelo codigo.[29]).

E' possivel a concessão do beneficio no caso de concurso de penas isoladamente inferiores ao minimo legal? E' indispensavel que, por sentença, tenham ellas sido unificadas? A resposta depende de uma distincção: se os varios crimes constituirem elementos de um crime continuado, é necessaria a unificação das penas, isto é, a applicação do principio de que trata o art. 39 do dec. de 27 de dezembro de 1923. Essa applicação póde ser feita pelo proprio juiz da execução. Se não constitui-

---

29) João Chaves, *ob. cit.*, pag. 245:" "Das diversas legislações que consagram a liberdade condicional vê-se que ella tem sido adaptada a todos os systemas penaes. Ao lado da prisão cellular continua, como do regimen auburniano ou do progressivo se a tem sempre como indispensavel e o é de facto". O livramento condicional faz hoje parte de todo systema penal.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

rem, se forem autonomos, o livramento não será admissivel, dada a circumstancia de serem as penas inferiores ao minimo legal.

O crime, praticado no periodo de prova, mas só descoberto e julgado após a terminação desse periodo, dá logar á revogação do livramento? Decisiva para a revogação é a época em que o crime se realizou. Irrelevante a do julgamento ou condemnação. As legislações (com excepção da belga) não resolvem expressamente a duvida.

Póde o livramento condicional ser concedido, quando falte ou não exista Conselho Penitenciario, para ser previamente ouvido? O Supremo Tribunal decidiu affirmativamente; mas o accordam mereceu justa censura (*Rev. de critica judiciaria*, V, p. 358 e segs.). São insophismaveis os termos do art. 12 do dec. n.º 16.665. Esse dispositivo declara *nulla e inexequivel* a concessão sem a audiencia do Conselho.

O menor de 18 annos e maior de 16, perigoso pelo seu estado de perversão moral, que fôr condemnado, de accordo com o art. 71 do Codigo de menores, a uma pena commum, expiavel em estabelecimento proprio (onde exista) ou nas prisões ordinarias, em secção separada, póde pretender livramento condicional, verificadas as condições legaes desse beneficio ? E' mistér que seja ouvido o Conselho penitenciario ?

O menor, no periodo a que se refere a pergunta, autor de crime grave ou reputado individuo perigoso, fica sujeito a uma punição. Impõe-se-lhe uma verdadeira pena, relativamente indeterminada, sem minimo prefixado. Embora separado dos adultos, tem elle de submetter-se ao regime da prisão em que expia o castigo. Só assim poderá regenerar-se. Diz o supra-citado art. 71: "onde permanecerá até que se verifique sua re-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

generação". Dessa phrase, bem perspicua, se conclue que, antes de conseguido esse resultado, não é licito conceder ao condemnado o favor do livramento, ainda que condicional. Obtida a regeneração, cessa a pena. Como conciliar, porém, essa conclusão com o dispositivo da lei n.º 16.665, que se refere a *todos* os condemnados a penas restrictivas da liberdade? A lei de menores constitue *jus singulare*. Normas de natureza geral não a abrogam. Argumentou-se que essa lei não vedava a concessão do livramento. Realmente, nella não se encontra prohibição expressa, mas ha a prohibição *implicita* contida na clausula que manda permanecer o menor na prisão até regenerar-se. Em rigor de direito, não póde o menor pretender, proficuamente, a concessão do livramento condicional. E' injusta a solução? No ponto de vista em que o legislador se collocou, não.

A liberdade vigiada não tem applicação ao caso. Essa medida se refere unicamente aos menores sujeitos ao regime puramente educativo. Em sentido contrario, reconhecendo a possibilidade do livramento, se manifestou o dr. Melchiades Picanço, em artigo estampado no *Jornal do Commercio*, do Rio.

II. — Instituto juridico que apresenta as maiores analogias com o do livramento é o da condemnação condicional. Já se affirmou que esta não era mais do que um livramento condicional concedido desde a sentença. [30]). Ambos esses institutos obedecem á mesma idéa e servem aos mesmos intuitos de politica criminal. Mas os traços diferenciaes não são poucos, nem destituidos de importancia.

---

30) A semelhança entre os dois institutos levou o projecto allemão a regulá-los conjunctamente, o que foi considerado como verdadeiro progresso (Gerland, *Der Entwurf* 1925, pag. 64).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A condemnação condicional foi introduzida em nosso país pelo decreto n.º 16.588, de 6 de setembro de 1924. Na exposição de motivos com que justificou o projecto desse diploma, perante o presidente da Republica, disse o ministro João Luis Alves: "Como sabe V. Exa., a condemnação condicional, o *sursis* francês, a *probation* inglêsa e norte-americana, a *condemnation conditionelle* belga, a *condanna condizionale* italiana, adoptada tambem pela Suissa, Allemanha, Portugal, Noruega e demais povos cultos, com vantagem para os fins da pena e optimos resultados praticos na repressão dos pequenos delictos, tem por principal escôpo: 1.º) Não inutilizar, desde logo, pelo cumprimento da pena, o delinquente primario, não corrompido e não perverso; 2.º) Evitar-lhe, com o contagio na prisão, as funestas e conhecidas consequencias desse grave mal, maior entre nós do que em outros países, pelo nosso defeituoso systema penitenciario, se tal nome póde ser dado a um regimen sem methodo, sem unidade, sem orientação scientifica e sem estabelecimentos adequados; 3.º) Diminuir o numero das reincidencias, pelo receio de que se torne effectiva a primeira condemnação.

Além destas incontestaveis vantagens, que legitimam, sob o ponto de vista repressivo, a instituição proposta, occorre o seu aspecto economico nas nossas prisões, onde os presos são alimentados, tratados e vestidos á custa dos cofres publicos. Já era tempo de acompanharmos os povos civilizados, em cuja longa experiencia póde repousar o alcance da reforma".

Explicando a economia do projecto, accrescentou o referido ministro: "Foi preferido o regimen francês do *sursis* — suspensão da condemnação, ao inglês da *probation*, suspensão do julgamento, por ser este, na phrase de douto tratadista, menos garantidor, quer em relação

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

ao criminoso, quer em relação á sociedade; não tendo o effeito juridico de determinar a reincidencia, o que é inconveniente. Quanto ao maximo da pena de prisão a que possa ser concedido o *sursis*, variam as legislações: a belga e a italiana limitam-na á prisão não maior de seis meses; a suissa, a um anno; a inglêsa, a dois annos, e outras vão até cinco annos. Parece-nos razoavel o prazo de um anno, attendendo á natureza das infracções a que é applicada essa pena. O prazo dentro do qual deve prevalecer a ameaça da pena suspensa tambem varia nas legislações estrangeiras. Os organizadores do nosso projecto foram felizes na solução dada, estabelecendo um maximo de dois a quatro annos, ou de um a dois annos, conforme se trata de crime ou contravenção, deixando dentro desses extremos certa latitude ao juiz, que apreciará as condições especiaes de cada caso. A fundamentação da sentença de suspensão da pena, a ausencia de recurso em caso de sua denegação e outras providencias são as já feitas pela legislação penal estrangeira, a que me hei referido".

Exporemos, em rapido transumpto, os principios adoptados por esse decreto.

Applica-se elle tão sómente aos factos criminosos de natureza commum e politica. [31]). Ficam, portanto, fóra de seu alcance os crimes militares. [32]). Dentre os da primeira especie, entendeu o legislador patrio que de-

---

31) O projecto Sá Pereira limita essa applicação aos crimes communs.

32) Chrysolito de Gusmão, *A suspensão condicional da pena*, § 39, demonstra a exclusão dos crimes militares e a combate. Whitaker, *Condemnação condicional*, n.º 5, escreveu: "Os delictos militares foram excluidos. Aliás assim o fizeram as legislações que nos serviram de modelo. A delegação que a lei 4.577 deu ao Poder Executivo sómente se refere ás penas, aos estabelecimentos, ás prisões applicadas aos civis. O mandatario devia, pois, limitar sua acção, como de facto a limitou; tanto que o decreto só é referendado pelo Ministro da Justiça, o que não aconteceria, si as re-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

viam ser excluidos os contra a honra e bôa fama (Cod. pen., arts. 315 a 325 e leis modificadoras) e contra a segurança da honra e honestidade das familias (Cod. cit., arts. 266 a 278 e 283 e leis modificadoras) [33]). Posteriormente, a exclusão se ampliou aos crimes mencionados no art. 35 do dec. n.º 20.930, de 11 de janeiro de 1932, [34]) 108, § 2.º do dec. n.º 21.076, de 24 de fevereiro

---

partições militares fossem, tambem, nelle interessadas. (Const. Fed., art. 49). Esse illustre Ministro da Justiça, quando mais tarde occupou uma das cadeiras de juiz no Supremo Tribunal, esclareceu o ponto, mostrando que, além da falta de autorisação legal para o instituto abranger as penas militares, o fundamento primordial que o determinou — o contagio da prisão — não podia ser invocado relativamente ás prisões de natureza militar, pois estas são realizadas em logares onde habitualmente os militares passam a sua existencia profissional — praças de guerra, quarteis, etc." Observa esse monographista que a exclusão foi excessiva, pois para alguns delictos militares a não concessão da indulgencia constitue desegualdade. Em accordam de 16 de março de 1925, decidiu o Supremo Tribunal Militar que o *sursis* não se applicava aos delictos militares, pois que a justiça militar em face da Constituição, era um organismo á parte, com codigos e leis especiaes (*Archivo Judiciario*, I, pag. 256; Accordam de 11 de maio de 1932, (*Jurisprud.* I, 216). Varias legislações estendem o beneficio do *sursis* aos militares (assim, por exemplo, o cod. militar da Noruega, 327, e o da Suissa).

33) A exclusão foi devida á commissão organizadora do projecto. Oppuz-me energicamente ás excepções propostas — escreveu o dr. Candido Mendes — á suspensão da execução da pena em relação a determinados crimes. Além de constituir um retrocesso em flagrante discordancia das leis americanas e de quasi todas as européas, pois só na Espanha foram exceptuados alguns crimes, nada lucra a defesa social com o encarceramento dos réus primarios de bôa indole e de bons precedentes, condemnados a penas curtas de prisão... Os intuitos essenciaes do beneficio da suspensão da execução da pena são attinentes á subjectividade do criminoso que, tendo sido pela primeira vez condemnado a breve prazo de encarceramento e não parecendo ser de máu caracter, não deve de modo algum ser exposto ao contacto deleterio de outros criminosos inveterados, o que até seria pernicioso para a collectividade. Não está, portanto, em causa a natureza da infracção penal, mas a situação peculiar a cada criminoso (*As novas reformas penaes*, pag. 68). Com toda justiça, o citado professor qualificou as excepções — "um triste documento de inferioridade technica, deante da situação actual da legislação penal em todo o Universo (*ob. cit.*, 73)".

34) Veja-se a nota 9.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

do mesmo anno [35]) e á contravenção denominada "jogo do bicho" (art. 15, § 4 do dec. n.º 21.143, de 10 de março desse anno". [36]). Estas excepções, assim como as que se nos deparam nas leis de alguns países, não se justificam. Applaudindo o systema franco-belga, que não exclue especie alguma de crime, diz muito bem v. Liszt: "o que importa não é a qualificação juridica do delicto, mas a concreta peculiaridade do facto e do autor".

A condemnação condicional tem cabimento em relação ás penas privativas da liberdade, de qualquer natureza, não excedentes de um anno. E tambem, segundo o decreto, ás de multa (conversiveis em prisão, não passando esta do mesmo prazo). A constituição de 1934 vedou a conversão da pena de multa em prisão. Consequencia logica e necessaria era que, desde então, não se podia applicar a condemnação condicional ao caso de multa.

Objecto de porfiados debates tem sido o alargamento da condemnação condicional ás penas pecuniarias. A opinião vencedora, porém, assim na doutrina como no direito positivo dos diversos povos, é reconhecidamente em sentido favoravel. [37]). Em nosso continente, tres dos

---

35) E' o codigo eleitoral decretado pelo governo da dictadura. O dispositivo citado réza: "Não se suspende a execução da pena nos crimes eleitoraes".

36) Este decreto regula a extracção de loterias. No art. 15 declara inafiançavel o "jogo do bicho", diz em que elle consiste e quaes as pessôas que por causa delle podem ser criminalmente responsabilizadas. No § 2.º desse artigo estabelecem-se as penalidades; e, no 4.º, se prescreve: "Não haverá suspensão da pena imposta por motivo de infracção deste decreto".

37) Admittem a suspensão condicional no caso de multa as legislações da Belgica, França, Noruega, Dinamarca, Italia (cod. Rocco, art. 163), Portugal, Perú (art. 53, ult. alin.), Argentina (art. 26), Uruguay (126, 1.º) e outros mais. Pela suspensão esse caso se pronunciaram a União Internacional de Direito

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

mais modernos codigos — o argentino, o peruano e o uruguayo — a abraçaram. E se abstiveram de seguir o exemplo, realmente pouco recommendavel, das legislações que indicam um maximo quantitativo da pena pecuniaria.[38]).

Na determinação do maximo da pena de prisão, andou o nosso legislador prudentemente, escolhendo o de um anno, á semelhança da lei espanhola. Dos tres codigos apontados, o primeiro e o ultimo preferiram o maximo de dois annos (como o do Japão e o, recente, da

---

Penal em sua reunião de Christiania (1891), Lammasch, Mittermaier, Perrin, Delaquis, Hafter, Cuche e muitos outros. O insigne professor Asúa, criticando o codigo argentino, disse: "...me parece absurdo que la condena condicional pueda extenderse a las multas, como ordena el art. 26. El solo fundamento que puede alegarse para introducir en las leyes la remissión condicionada, es que las penas cortas de privación de libertad ni intimidan, ni corrigen, ni inocuizan, y, en cambio, hacen perder el temor a la cárcel y ponen al condenado en contacto con gentes más perversas y peligrosas, fomentando asi la corrupción del delincuente primario. Ninguno de estos motivos es alegable tratándose de multas, y por ello entiendo que jamás debe extenderse a ellas la condena condicional (*El nuevo código pen. argentino*, pag. 187)". Ao argumento do eminente criminalista espanhol é facil a resposta: a condemnação condicional se originou da campanha movida contra as penas privativas da liberdade de curta duração. Era porisso natural que a principio não se cogitasse de ampliá-la ás penas pecuniarias. Pouco a pouco, todavia, ao lado da idéa fundamental, negativa, desse instituto, surgiu uma outra, de natureza positiva, que a sobrepujou: a da determinação do condemnado pela perspectiva de inexecução da pena. Esta idéa se applica perfeitamente bem ás penas pecuniarias (v. Liszt, *Vergleichende Darstellung*, A. T., III, pag. 67). Interessantes as discussões travadas sobre o assumpto entre membros das commissões revisoras dos projectos suissos (*Verhandlungen d. erts. Expertenkommission*, II, 466; *Verh. d. zweiten Expertenkom.*, I, 416 e segs.).

38) Algumas legislações não fixam o maximo da multa susceptivel da suspensão (assim, por exemplo, a norueguêsa); outras estabelecem quantitativamente esse limite (o cod. tessinês em 250 francos; o de S. Gall, em 500; o projecto austriaco de 1912 em 1.000 corôas); outras, finalmente, tomam como maximo o da pena privativa da liberdade que a substitue, em caso de conversão. O decreto brasileiro filia-se neste ultimo grupo.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Polonia); o segundo, o de seis meses (como as leis da Belgica, da Suecia e de outros países).[39]).

Quanto á personalidade do accusado, o decreto não faz distincção alguma. Que elle seja nacional ou estrangeiro, nada importa. A lei italiana duplicava o tempo da pena susceptivel de suspensão relativamente aos menores de 18 annos, ás mulheres e aos septuagenarios. O codigo actual excluiu as mulheres.[40]). O legislador brasileiro não achou que o exemplo devesse ser imitado.

A suspensão condicional da pena só é concedida aos individuos que não hajam soffrido anterior condemnação, aos delinquentes primarios. Tal condemnação deverá ser por facto capitulado, pela lei commum, como crime, ou por contravenção que revele vicio ou má indole do accusado. Comquanto o decreto não o diga, a sentença condemnatoria precisa haver transitado em julgado.[41]).

---

39) No caso de concorrencia de crimes, se as penas, cumuladas, não excedem do maximo de um anno, tem cabimento a suspensão condicional. Sobre as difficuldades que se podem apresentar em casos de *concursus delictorum*: Ravizza, *La condanna condizionale*, pag. 227.

40) Em seu relatorio, disse a respeito o ministro Rocco: "Ho mantenuto la normale disciplina rispetto alla donna, che, nelle attuali condizioni di progredita civiltà, si è dimonstrata capace di assumere con energie e coraggio il suo posto di combattimento nella vita sociale, a parità di condizioni con l'uomo. Si la donna ha ragionevolmente preteso di emanciparsi da subiezione e da posizioni deteriori e ha tenuto a raggiungero una situazione giuridica pressochè identica a quella dell'uomo, rivendicando una capacità mentale ed attitudini intelletuali non inferiori, dev'essere all'uomo equiparata anche nei doveri, e non sono più concepibile, in suo favore, speciale beneficio della legge penale (*Lavori preparatori*, V, part. I, pag. 216)".

41) Não é primario, não tem, portanto, direito ao *sursis* o delinquente que já foi condemnado, embora tenha ficado prescripta a condemnação (Acc. da Côrte de Appellação, de 15 de maio de 1933, no *Archivo Judiciario*, V, pag. 27). Nada importa que a condemnação seja anterior, se tenha verificado antes da vigencia da lei de suspensão da pena (acc. do Sup. Trib. Federal, de 28 de julho de 1930, no *Annuario* Kelly).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O estudo comparativo das diversas legislações mostra a geral adopção da seguinte idéa fundamental — só no caso de condemnação antecedente á penas privativas da liberdade de certa importancia é excluida a suspensão da pena.[42]). Perante o dec. 16.588, qualquer condemnação anterior, por mais leve que seja a pena (salvo se imposta por contravenção que não indique vicio ou má indole), constituirá obstaculo á concessão dessa medida. Por maior que seja o tempo decorrido após a primeira condemnação, ella não poderá ser applicada. A Suecia e o Japão permittem a suspensão condicional dez annos depois de cumprida a pena anterior. A China cinco anos. Bôas razões militam em favor destes precedentes.

O restringimento do beneficio da suspensão aos delinquentes primarios é combatida por escriptores de grande nomeada (como Mittermaier, Allfeld, Delaquis). O projecto allemão de 1925 o aboliu. E tambem o contraprojecto austriaco de 1932. Assim já havia procedido a lei inglêsa de 1907.

A condemnação proferida por tribunaes estrangeiros impede que se conceda a suspensão da pena? Como a lei francêsa e a italiana, o nosso decreto não dá resposta a esta interrogação. Algumas legislações do grupo anglo-americano (Queensland, Australia do Sul, Nova Galles) e tambem do continente europeu (Luxemburgo, Genebra, Tessino, Neuchatel, Berne, etc.) equiparam á condemnação nacional a estrangeira. O codigo do Perú falla em "condena anterior nacional ó estranjera". Tambem, no projecto suisso se acolheu a equiparação. Na doutrina, as opiniões são discordes.

---

42) v. Liszt, *ob. cit.*, pag. 71.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Desde que não temos disposição expressa a respeito, desde que, em regra, as sentenças estrangeiras não gosam de autoridade, nem produzem effeito em nosso país, deve-se concluir que só a condemnação nacional impossibilita a applicação da suspensão condicional. [43]).

Para que se obtenha o beneficio autorizado pela lei, é mistér que o accusado não haja, com seú crime, revelado caracter perverso ou corrompido.

Afim de chegar a uma convicção a este respeito, deve o juiz ou tribunal tomar em consideração as condições individuaes do mesmo accusado, os motivos que determinaram e as circumstancias que cercaram a infracção da lei penal. Assim prescreve o art. 1.º do decreto n.º 16.588. Servem essas indicações para guiar os juizes e orientar a jurisprudencia. E' ao prudente criterio dos julgadores que a lei entrega a delicada missão de decidir, tendo em attenção as multiplas e variadas

---

43) A lei patria que regula a execução de sentenças estrangeiras é a de n.º 221, de 30 de novembro de 1894. Sómente se occupa de sentenças civeis e commerciaes. Tradicionalmente, sempre se entendeu que a independencia soberana dos Estados não permittia que as sentenças penaes produzissem qualquer effeito positivo fóra dos limites do país em que houvessem sido proferidas. Em nosso tempo, o desenvolvimento, attribuivel sobretudo á facilidade das communicações, da criminalidade cosmopolita, tem levado as nações á conjugação de seus esforços, a uma acção collectiva, na luta contra o crime. Fruto desse movimento de solidariedade é a efficacia que as modernas legislações vão concedendo ás sentenças repressivas estrangeiras. O codigo italiano em vigor é um bello exemplo do progresso legislativo alcançado nesse sentido (art. 12). O ante-projecto de revisão do codigo penal francês, organizado ultimamente, tambem segue o mesmo rumo. O segundo congresso internacional de direito penal, reunido em Bucarest (1929), adoptou uma solução no sentido de ser toda sentença penal proferida regularmente pelo juiz competente admittida a produzir effeito no estrangeiro, desde que esteja de conformidade com a ordem publica do país. O projecto Sá Pereira permitte, sob certas condições, a applicação da sentença penal estrangeira no Brasil (art. 77). Nenhuma referencia faz esse projecto, quando trata da suspensão da pena, á sentença estrangeira. Veja-se ácerca do assumpto v. Liszt, *ob. cit.*, pag. 71.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

circumstancias dos casos occorrentes, se o delinquente se mostra ou não merecedor do beneficio da suspensão. No desempenho dessa ardua tarefa, nenhum elemento, por mais insignificante que possa parecer, devem elles desprezar. Sempre que o exame do caso concreto demonstrar que se trata de pessôa susceptivel de proceder correctamente no futuro e de voltar ao bom caminho, de que accidentalmente se desviou, deve o beneficio ser concedido. A fundada espectativa de que o delinquente não venha a praticar novas acções criminosas justifica a concessão. Tem esta caracter facultativo: não constitue direito outorgado ao accusado e obrigação imposta ao juiz.

Quanto á forma de que deve revestir-se a concessão, exige o decreto sentença fundamentada. [44]). Algumas leis mandam que o prolator da sentença condemnatoria nella se pronuncie sobre a suspensão. Outras consentem que as decisões sejam separadas. O primeiro systema é o mais divulgado. Seguem-no a Belgica, a França, Portugal, Italia, Noruega e varios cantões da Suissa. Nesse rol se incluem egualmente a Yugo-eslavia e a Dinamarca. O codigo argentino assim se expressa: "en el mismo pronunciamento". O uruguayo não é menos claro: "...cuando el Juez, al dictar sentencia". [45]).

---

44) João Chaves, *Sciencia penitenciaria,* pag. 324: "Medida excepcional de grandes resultados praticos, segundo o testemunho da maioria dos escriptores e criticos, mas podendo degenerar facilmente em abusos formidaveis, exige-se que seja a sua applicação fundamentada pelo juiz. E assim deve ser, porque, inutil a condemnação condicional sem os motivos que façam confiar no seu fiel cumprimento, não deve ser concedida indistinctamente pela unica verificação das condições legaes geraes".

45) O projecto allemão de 1925 dispunha que, na mesma sentença condemnatoria, devia ser resolvida a suspensão; mas admittia que esta fosse reservada para uma decisão distincta. A exposição de motivos esclarecia que isto só se podia verificar excepcionalmente, quando fossem necessarias diligencias especiaes, que retardassem o julgamnto da causa. Os de 1927 e 1930 não inseriram este accrescimo.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Destes exemplos se apartou o dec. n.º 16.588. Elle falla em sentença de suspensão e della dá recurso (art. 12).[46]).

Esse decreto não exclue do beneficio os contumazes. Apenas declara que o juiz poderá tomar em consideração a revelia do reu, para conceder ou não a suspensão (art. 8). Cortou assim, e de modo feliz, uma questão que tem provocado divergencias em outros países.[47]).

---

46) O dec. n.º 16.588 não marca prazo ao condemnado para solicitar a concessão do beneficio. O legislador paulista, exhorbitando de sua competencia, na lei n.º 2.169 A, de 24 de dezembro de 1926, determinou que o pedido fosse apresentado até 10 dias depois que a sentença houvesse passado em julgado. Essa disposição foi com razão reputada inconstitucional.

47) Na Italia, as opiniões variaram muito. Acabou victoriosa a que sustentava a applicabilidade do beneficio aos contumazes. Ravizza, *ob. cit.*, pag. 182, teve occasião de escrever: "...e si può dire che ormai non sia nemmeno più contrastata". Não exige o codigo Rocco a presença do condemnado como condição da suspensão. A proposito escreveu esse ministro, no relatorio ao projecto definitivo: "Tale condizione sarebbe giustificata se l'assenza dell'imputato potesse avere univoco valore di sfregio o di noncuranza verso la maestà della giustizia: ma, in taluni casi, essa è indipendente dalla volontà dell'imputato, emigrato o comunque lontano dal luogo ove avviene il giudizio; ed escludere in tali casi la sospenzione apparisce veramente non giustificato (*Lavori preparatori*, V, part. I, pag. 217)". Na Suissa, se considera como comprehendida na categoria das condições pessoaes, sujeitas á apreciação do juiz, a questão de saber se a um réu revel póde ser concedido o beneficio. Algumas dentre as varias legislações cantonaes desse país (assim, por exemplo, as de Vaud e Neuchatel) vedam a concessão. Hafter acha isso razoavel, pois o juiz não deve suspender a execução da pena em favor de um condemnado que elle não teve occasião de ver (*Lehrbuch*, pag. 339). v. Liszt, partindo de que as legislações, quando mandam o juiz fazer uma advertencia ao beneficiario, presuppõe a presença deste, entende que, no caso de revelia, não tem cabimento a condemnação condicional. Mas o argumento pécca pela sua fragilidade. Como bem assignalam os partidarios da doutrina dominante na Italia, a advertencia, comquanto não seja uma formalidade destituida de valor, não representa condição essencial imposta a quem pretenda gosar do beneficio. A jurisprudencia francêsa pensa do mesmo modo. Ao seu ver, a advertencia não é formalidade substancial (Roux, *Cours de droit criminel*, pag. 391, n. 1).

A lei do Estado de São Paulo, citada na nota anterior, dispoz: "Ficará sem effeito a decisão concedendo a suspensão da pena, si,

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Dá o decreto ao juiz a faculdade de fixar, dentro de determinados limites, o prazo da suspensão, o periodo de prova. Esses limites são: 2 a 5 annos, se se tratar de crime, e 1 a 2 annos, se de contravenção. Este systema é inquestionavelmente mais perfeito que o das legislações que fixam, ellas proprias, a duração do referido periodo (como a francêsa, a peruana, a uruguaya, etc.) ou o das que entregam eses trabalho ao completo arbitrio dos tribunaes (como no direito anglo-americano).

Desde quando começa a correr o prazo de prova? O decreto é terminante — "a contar da data da suspensão". [48]).

Se o prazo da suspensão se escôa sem que o beneficiado soffra a imposição de nova pena, por facto anterior ou posterior, a que houver sido suspensa é declarada inexistente, *ex officio*, a requerimento do accusado, ou do M. P., para os effeitos penaes. No caso contrario, a suspensão é revogada, entrando immediatamente em execução a primeira pena, de fórma a não se confundir com a da segunda condemnação. Não faz o decreto qualquer distincção relativamente á natureza do facto praticado — se crime ou simples contravenção. Se esta estiver comprehendida na excepção do art. 6.º, a revogação não deverá ser decretada.

Das legislações alienigenas poucas se contentam com a pratica de qualquer infracção da lei penal. A argentina, por exemplo, entra nessa classe. O art. 27 do co-

---

citado pessoalmente ou por editaes, com o prazo de 20 dias, não comparecer o réu á audiencia a que se refere o art. 8.º do dec. n.º 16.588". Estava este dispositivo em flagrante antinomia com a lei federal, que não fazia depender da presença do beneficiado a concessão da suspensão. Era e é evidentemente inconstitucional.

48) Havendo, porém, recurso, como este tem effeito suspensivo, o termo de prova só começará da data em que passar em julgado a decisão confirmatoria da concessão.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

digo penal em vigor diz — "el condenado no cometiere nuevo delito". Algumas leis e alguns projectos só reconhecem efficacia revocatoria ao crime doloso. Consoante os projectos hollandêses, o segundo facto deve ser identico ao anterior. Assim preceitúa tambem o direito sovietico. O codigo polaco distingue: se o novo crime obedece aos mesmos moveis (ou moveis de egual cathegoria) do precedente, a revogação é obrigatoria; nos demais casos, facultativa (art. 63, §§ 1 e 2). Pelo codigo suéco, dá-se sempre a revogação, quando o delinquente incorre em pena de reclusão ou prisão. Nos outros casos, resolvem os tribunaes, attendendo-se ás circumstancias. O projecto austriaco de 1907 exigia, para a revogação, que o novo crime, punivel com pena privativa da liberdade, fosse de acção publica.

Desta ligeira exposição se vê que muito grandes são as divergencias no direito constituido ou a constituir. No projecto brasileiro (Sá Pereira), a revogação se torna obrigatoria deante de "nova condemnação por crime commum, no país ou no estrangeiro (art. 122)". Esse trecho está a pedir restricções.

A revogação sómente se dá em virtude de nova pena imposta ao beneficiado. Quer dizer que é necessaria sentença condemnatoria com transito em julgado. Tambem neste particular as legislações não estão em harmonia. Algumas se satisfazem com a simples denuncia ou queixa. O hodierno codigo dinamarquês apenas requer diligencias judiciaes. O dissidio tambem se apresenta na literatura. A solução que o decreto preferiu é a melhor. No que o nosso legislador se afastou dos mais perfeitos modelos foi em não dar ao juiz o direito de estabelecer condições para serem preenchidas, no periodo probatorio, pelo beneficiado; e de não tornar revogavel, pelo menos facultativamente, a suspensão pelo inadimplemento dessas condições.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O projecto suisso permitte que o juiz imponha ao beneficiado certas regras de procedimento, taes como a aprendizagem de um officio, a residencia em determinado logar e a abstenção de bebidas alcoolicas. A transgressão desses deveres, após advertencia formal da autoridade competente do patronato, dá logar á revogação do beneficio. O projecto allemão (1925) tambem attribue ao juiz a faculdade de impôr deveres especiaes. A violação de taes deveres acarreta a revogação. O mesmo acontece se o modo de proceder do beneficiado não deixa subsistir a esperança de que elle se abstenha de acções criminaes no futuro. O projecto suéco dá aos tribunaes o direito de estabelecerem condições. Muito amplo, nesse sentido, o da Checo-eslovaquia (§ 35).

Em todas essas tentativas de reforma se reconhece a necessidade, para que a condemnação condicional possa produzir resultados beneficos, de sujeitar o condemnado a uma vigilancia protectora. A idéa fadada a triumphar, em nosso tempo, é a fusão dos dois typos desse instituto — o do continente europeu e o anglo-americano *(probation system)*.[49]).

A revogação se decreta *ex officio* ou a requerimento do M. P. Competente é o juiz da execução ou o tribunal *ad quem*, em gráu de recurso. Este tem effeito suspensivo.

O decr. n.º 16.588 declara que o condemnado em cujo favor é concedida a suspensão fica sujeito a pagar as custas do processo. Nada mais justo, desde que ellas tiveram como causa o acto criminoso do mesmo condemnado. Mas o legislador quiz ser indulgente; e permittiu ao juiz fixar o prazo para o pagamento, tendo em vista as condições economicas e profissionaes do obrigado. A falta de cumprimento dessa obrigação traz como conse-

---

49) v. Liszt, *ob. cit.*, pag. 91.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

quencia a revogação da suspensão? A maneira como se acham redigidos os dois §§ do art. 2.º do decreto abre margem á duvida. Mas, interpretando-se benignamente a lei, como aconselha a hermeneutica, a solução mais acceitavel é a negativa. [50]).

O segundo desses §§ subordina a suspensão á obrigação de fazer o condemnado as reparações, indemnizações ou restituições devidas, salvo caso de insolvencia provada e reconhecida pelo juiz da execução.

A obrigação de reparar o damno, como requisito da suspensão, se nos depara em diversas legislações (norueguêsa, dinamarquêsa, uruguaya, etc.). A lei italiana facultava ao juiz o impô-la. O projecto Ferri tornava obrigatoria a imposição. O codigo Rocco manteve o antigo principio ("La sospensione condizionale *può essere subordinata*..."). Na sentença estabelecerá o juiz "il termine entro cui gli obblighi debbono essere adempiuti (art. 165)". O codigo polaco diz que, se a situação economica do condemnado o permittir, póde o tribunal impôr a obrigação de indemnizar o prejuizo causado, dentro do prazo e na medida que a sentença fixar (art. 62). O projecto suéco preceitúa apenas que, ao pronunciar a sua decisão, attenderá o tribunal á circumstancia de ter ou não o condemnado feito todo o possivel para reparar o damno proveniente do delicto (§ 62). O allemão (1925) determina que, tanto quanto o permittir o estado economico do beneficiado, deve este ser obrigado a resarcir o damno que houver causado (§ 39).

---

50) A falta de pagamento das despezas do processo, no termo prefixado, não está comprehendida entre as condições resolutorias do *sursis* (Acc. do Supremo Tribunal Federal, de 12 de setembro de 1927, na *Revista de jurisprudencia brasileira*, IV, pag. 219). O codigo do processo penal do districto federal (dec. n.º 10.751, de 31 de dezembro de 1924) considerou motivo de revogação do *sursis* o não pagamento das custas. O Supremo Tribunal o julgou inconstitucional nesse ponto.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

As reparações, indemnizações e restituições devem ser feitas antes da concessão da suspensão ou no decurso do periodo de prova? Firmino Whitaker, em sua monographia acerca da *Condemnação condicional*, n.º 46, assim se manifesta: "A lei diz que a suspensão *está subordinada* ao dever do réu de reparar, restituir e indemnizar; a liberdade do réu, portanto, depende deste requisito, não sendo concedida, sem a sua realização." Chrysolito de Gusmão, no seu livro *Da suspensão condicional da pena*, § 96, pensa diversamente: "Se as reparações (indemnização do damno e restituições), desde que se tenham tornado exigiveis, não são, sem justo motivo (insolvabilidade), satisfeitas, importa a mora do condemnado *na revogação* da suspensão condicional, a qual se torna, *ipso jure*, sem effeito, executando-se a pena. *Trata-se simplesmente duma revogação da decisão pela falta de cumprimento desta*". Para esse escriptor, tornadas liquidas as reparações devidas, sua exigibilidade é immediata, pois o decreto é mudo sobre prazo. O codigo do processo penal do districto federal (dec. n.º 16.751, de 31 de dezembro de 1924) dispoz que as reparações, indemnizações ou restituições deviam ser effectuadas no prazo da prova (art. 568, § 2.º). São, portanto, tres soluções differentes. Parece-nos que a mais juridica é a primeira. As difficuldades que della se originam são perfeitamente removiveis. Ella torna mais facil a verificação da insolvencia, circumstancia que deve existir e ser apreciada por occasião da sentença de suspensão. [51]).

Decorrido o prazo marcado nessa sentença, haver-se-á a condemnação como inexistente, cessando os seus effei-

---

51) Depois de alludir ás leis cantonaes da Suissa que estabelecem, como requisito pessoal do beneficio, a reparação ou indemnização, condicionada á possibilidade por parte do condemnado de realizá-la, observa Hafter que ella deve verificar-se por occasião da sentença (*Lehrbuch*, p. 339).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

tos penaes. Isso não se opéra *ipso jure*, mas depende de pronunciamento judicial. Se a condemnação se reputa inexistente, mandava a logica que se pudesse obter, em caso de novo crime, segunda suspensão. Entretanto, o decreto não o tolera, salvo em processo de contravenção que não revele vicio ou má indole do accusado. Abraçando o principio da lei italiana (art. 6.º), o legislador brasileiro comprehendeu, e muito avisadamente, que lhe devia mitigar o extremado rigor; e, porisso, permittiu, na hypothese que figurou, segunda suspensão. A essa hypothese deve ser assimilhada, por identidade de razão, a de uma segunda condemnação, por crime, tendo sido a primeira, de que o accusado obteve suspensão, por contravenção, da alludida especie.[52]. O projecto Ferri preceituava, no art. 79: "La condanna condizionale non è mai concessa più di una volta, a meno che una precedente concessione sia stata per contravvenzione...". A excessiva severidade da lei italiana foi ahi insuspeitamente reconhecida. O codigo Rocco repelliu a innovação. A derradeira alinea do art. 164 réza: "La sospensione condizionale della pena non può essere conceduta più di una volta".

Póde acontecer que, a despeito da prohibição legal, segunda suspensão seja concedida, por ex., em virtude de ignorancia da primeira. Transitada em julgado a respectiva sentença, póde a segunda concessão ser revogada pelo proprio juiz que a fez? A jurisprudencia italiana tem respondido negativamente, e com bons fundamentos.[53]. Sómente o tribunal superior, em recurso da parte contraria, póde annullar a concessão.

---

52) Em accordam de 4 de agosto de 1926, decidiu a 3.ª Camara da Côrte de Appellação do Rio: "Anterior condemnação pela contravenção do art. 399 do codigo penal não tira ao paciente o caracter de delinquente primario para impedir a concessão da suspensão da pena" (*Revista de direito*, LXXXI, pag. 596).

53) Ravizza, *ob. cit.*, pag. 294 e segs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Como a sentença condemnatoria, durante a suspensão, é inexequivel, contra ella não corre prescripção (art. 4.º).

No caso de co-delinquencia, póde a suspensão ser concedida a algum ou alguns dos comparticipantes do crime, com exclusão dos outros. Dí-lo, sem grande necessidade, o art. 7.º do decreto. Como bem observa o monographista Ravizza: "...la concessione è facoltativa, e d'altra parte essa costituisce un benefizio di carettere subbietivo inerente alla persona, di modo chè il giudice, valutate le circostanze riguardanti le persone degli imputati, ben può trovare l'una degna del benefizio e l'altra no".

A suspensão não abrange as penas accessorias e incapacidades. Assim dispõe o art. 2.º do decreto, copiando *ipsis verbis* a lei francêsa. [54]). Não se refere esse artigo á pena de multa, que não é pena accessoria. Em nosso direito, ella é sempre principal, sendo imposta sósinha ou cumulada com a de privação da liberdade. Quando se verifique semelhante cumulação, póde o juiz conceder a suspensão por uma e negá-la por outra? Parece-nos que sim. Neste sentido é a jurisprudencia francêsa. [55]). A italiana vacilla. [56]).

---

54) Encontra-se em George, *ob. cit.*, pag. 262 o historico do dispositivo da lei francêsa.

55) L. George, *ob. cit.*, pag. 195. Contra, deante da nossa lei, Chrysolito de Gusmão, *ob. cit.*, pag. 117.

56) *La Scuola Positiva*, 1925, II, pag. 266. Em sentido favoravel, a sentença da Côrte de Cassação, de 15 de fevereiro de 1929, que se encontra na *Rivista italiana di dir. pen.*, anno I, n. 7, pag. 564. Contra: Manzini em nota á mesma sentença. A lei hollandêsa de 25 de junho de 1929 admitte a possibilidade de se combinar a prisão condicional com a multa não condicional; e a de se inflingir a pena privativa da liberdade ou a multa em parte condicional e em parte não condicional (*Recueil de documents en matière pénale*, I, pag. 233).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O criminalista argentino Peco criticou, com inteira razão, o principio consignado na lei francêsa. Disse elle: "Hay fragrante contradición en suspender la ejecución de la pena principal y aplicar rigurosamente las incapacidades acessorias. Se concibe la aplicación de la primera y exclusión de la segunda, pero es inadmisible aplicar ésta y dispensar aquélla. En realidad és un beneficio a medias, más a propósito para embarazar que para coadyuvar al éxito de la institución". Accrescenta elle que a lei francêsa é a unica que estabelece semelhante principio.[57]). Esta asserção, se era verdadeira na época em que esse criminalista escrevia, não o é actualmente. O codigo Rocco dispõe, no art. 166: "La sospensione condizionale della pena non si estende alle pene accessorie e agli altri effetti penali della condanna...". O peruano dá ao juiz a faculdade de estender a suspensão ás penas accessorias e ás incapacidades estabelecidas na sentença (art. 54).[58]).

De accordo com o exemplo offerecido pelas leis de outros países, o dec. n.º 16.588 cérca de certa solemnidade o acto de se dar conhecimento ao condemnado da decisão que lhe concedeu a suspensão: manda que o juiz lhe leia, em audiencia, a respectiva sentença e o advirta das consequencias de nova infracção. A omissão dessas formalidades não produz a nullidade do beneficio. Cumpre, porém, que ellas sejam observadas á risca, pois não foi sem consciente objectivo que o legislador as prescreveu. A publicidade e a advertencia ("severo ammonimento" — diz a lei italiana) são indiscutivelmente me-

---

57) *Reforma penal*, pag. 256: "En la legislación comparada, el beneficio alcanza a la pena impuesta, sin mencionar la subsistencia de las incapacidades acesorias. La ley francesa es la unica excepción".

58) Sobre os diversos systemas seguidos pelas legislações dos povos civilizados: v. Liszt, *ob. cit.*, pag. 76.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

didas salutares. A sua efficiencia depende da seriedade com que forem executadas.[59]).

A condemnação condicional deve ser escripta em livro proprio, em juizo ou nos gabinetes de identificação, onde estes existirem. Nesse livro far-se-ão as averbações relativas á suspensão, revogação ou cumprimento da pena. A revogação será averbada definitivamente no registro geral. Sómente ás autoridades judiciarias e para o fim de applicação do decreto podem ser fornecidas informações. O registro especial é de caracter secreto.

Da sentença que concede a suspensão dá o decreto ao M. P. ou á parte recurso de appellação, com effeito suspensivo. Contra o que nega nenhum recurso proporciona. Os tribunaes têm admittido o de *habeas-corpus*.[60]).

Censurou-se o decreto porque não resolveu, expressamente, a questão de saber se impedia a concessão da suspensão o crime anterior amnistiado ou do qual fôra o autor rehabilitado. A censura carecia de procedencia. Da propria natureza da amnistia e da rehabilitação defluia a solução. Ambas essas medidas apagam o crime. O mesmo não se dá com o perdão ou com a prescripção.

Póde acontecer que o accusado, ao ser proferida a sentença condemnatoria, já tenha cumprido, parcial ou totalmente, a pena. E' applicavel, em tal hypothese, a suspensão? A duvida assume particular interesse, quando a pena houver sido integralmente expiada. A res-

---

59) L. George, *ob. cit.*, pag. 246; Ravizza, *ob. cit.*, pag. 254; v. Liszt, *ob. cit.*, pag. 74.

60) Segundo a jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal, cabe ao réu, no caso de denegação do *sursis*, esse recurso extraordinario. No mesmo sentido, o acc. da Côrte de Appellação do Rio, de 3 de junho de 1925, publicado na *Revista de critica judiciaria*, I, pag. 773. O dr. Candido Mendes, em commentario a esse aresto, justifica o recurso extraordinario e explica porque a lei não concedeu o ordinario.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

posta affirmativa se impõe. Se é verdade que o condemnado não póde mais ser poupado á privação da liberdade, tem cabimento a suspensão para que elle, decorrido o periodo de provação, seja havido como não punido. [61]).

A condemnação condicional, como foi organizada pelo decreto, cujos principios expuzemos, está de accordo com os mais conceituados modelos. [62]). A sua maior

---

61) Hafter, *ob. cit.*, pag. 337.

62) Infenso á admissão do instituto da condemnação condicional, em nosso país, se mostrou F. Bastos, nos *Estudos de direito penal*, pags. 201 e segs. Em 18 de julho de 1906, o dr. Esmeraldino Bandeira apresentou á Camara dos Deputados um projecto de lei concernente a esse instituto. Tal projecto encontrou franco apoio por parte da commissão de Constituição e Justiça. Entrando em discussão, contra elle se manifestaram os deputados Castro Pinto e Rodrigues Doria. Essa tentativa de introducção, em nosso direito, da condemnação condicional não logrou exito. Só muito mais tarde, graças á operosidade do ministro João Luis Alves, foi ella adoptada. Com o nome de — suspensão da execução, encontramo-la no projecto de codigo criminal de autoria do desembargador Sá Pereira. A sub-commissão legislativa alterou, não só na fórma como no fundo, em varios pontos, essa parte do projecto. Infelizmente não a melhorou sinão sob o primeiro aspecto. Examinemo-la, ainda que por alto. No art. 119 se mencionam as condições da suspensão. Ahi se diz que uma dellas é ter sido imposta ao criminoso pena privativa da liberdade. *A contrario*, em caso de multa, não se dava a suspensão. Apesar disso, no art. 125, I. se declara que não se suspende a execução da pena nas condemnações consistentes em multa. Declaração superabundante e inutil. E' certo que se accrescenta — "salvo quando verificar-se a hypothese do art. 55". Mas, no caso deste dispositivo, a multa não se executa. Não se trata de suspensão. A exclusão das penas de multa do beneficio legal é um retrocesso. No projecto primitivo se dispunha — "ter sido imposta ao condemnado prisão privativa da liberdade não excedente de um anno". De clareza meridiana era a phrase. No da sub-commissão se corrigiu: "ter-lhe sido imposta pena privativa da liberdade, que não seja a de prisão por mais de um anno...". O pensamento resente-se de obscuridade. Quiz-se permittir a suspensão, em caso de detenção, ainda que esta seja superior a um anno, vá, por exemplo, ao seu maximo, que é de tres? E' justificavel, para os effeitos da suspensão a differença entre a detenção e a prisão, mórmente quando simples? A excepção relativa ao crime passional (innovação introduzida pela

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

falha consiste em se ter inspirado unicamente no systema franco-belga.

Os resultados praticos dos dois institutos — a suspensão da pena e a condemnação condicional — têm sido em toda parte satisfatorios. Assim se explica que elles se tenham espalhado rapidamente por todo o orbe civilizado.

Um instituto que, obedecendo á mesma orientação, se destina a completar,logica e naturalmente, o da con-

---

sub-commissão legislativa) não merece applausos. A competencia attribuida ao conselho de sentença (jury) para declarar se não ocorre contra a suspensão qualquer das restricções constantes do n. IV do art. 119 presuppõe que esse conselho tem, nos autos, elementos para uma decisão conscienciosa, o que mui raramente acontecerá. A excepção é uma porta escancarada aos maiores abusos. A clausula contida na phrase — "respondendo ao quesito da defesa" não se coaduna com a idéa que serve de fundamnto ao instituto da condemnação condicional. Esta deve ser promovida *ex officio* e não depender de pedido ou requerimento da defesa. Se nos afigura pouco acertado que, embora em crimes de acção privada, fique a suspensão dependente da vontada do offendido. Assim tambem que a circumstancia de ser este menor, interdicto, valetudinario ou incapaz — circumstancia de natureza subjectiva — deva servir de obice á suspensão.

Poucos assumptos, no dominio do direito repressivo, têm dado ensejo a tantos artigos, em jornaes e revistas, e monographias como o da condemnação condicional. A literatura estrangeira a respeito é superlativamente abundante. Indica-a v. Liszt (até 1908) na extensa lista que precede o seu exhaustivo estudo inserto na *Vergleichende Darstellung*. Dentre as obras de data proxima merecem recordadas: Aschrott, *Reform des Strafrechts*, I, pag. 132 e segs.; Harnstadt, *Der Institut der bed. Benagdigung*, Berlin 1912; Mentel, *Ergebnisse d. bed. Straferlass in Deutschland, Belgien, Frankreich und der Schweiz*, Zuerich, 1912; Swidmel, *Der bed. Verurteilung in Kanton Zuerich*, Zuerich, 1925. Nas letras juridicas brasileiras, se destacam as optimas monographias de F. Whitaker e Crysolito de Gusmão. Mais antiga, mas de leitura assás proveitosa, a dissertação publicada pelo dr. José Mendes, na *Gazeta juridica*, S. Paulo, IV, pag. 3 e segs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

demnação condicional — sua irmã mais velha, como foi chamada — é o do perdão judicial.

Já em outra parte, quando nos occupamos das medidas aventadas para a substituição das penas privativas da liberdade de curta duração, delle tratamos *per summa capita*. E assignalamos que essa ampliação do arbitrio judicial encontrava, por parte de criminalistas de grande nota, a maior repugnancia. Força é reconhecer, entretanto, que em certos casos perfeitamente se justifica a medida de abstenção da pena, pela desnecessidade desta [63]).

---

63) Sobre o perdão judicial, além da magnifica obra de José Antón Oneca, já citada, leiam-se: Aubry, *L'indulgence et la loi*, Paris, 1908; Rappaport, *La loi de pardon*, Paris, 1911.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 53 — Ao condemnado será dado, nos estabelecimentos onde tiver de cumprir a pena, trabalho adaptado ás suas habilitações e precedentes occupações.

I. — Todos os países do mundo civilizado estabelecem, para os condemnados á penas privativas da liberdade de alguma duração, a obrigação de trabalharem, durante a respectiva execução. A legitimidade dessa imposição nunca foi sériamente posta em controversia. [1]).

O trabalho, como esforço ou despendio de energias que é, [2]) torna mais afflictivo o sentimento da privação da liberdade. Ao mesmo tempo, porém, ajuda a supportá-la. Como actividade productiva, fornece ao Estado elementos economicos de que elle precisa para a manutenção e melhoria das prisões. Como meio educativo, é um dos recursos mais efficazes para a transformação moral dos delinquentes. Accrescente-se a tudo isso a benefica influencia que elle exerce sobre a disciplina nos estabelecimentos destinados á expiação das

---

1) Cuche, *Traité de science et de législ. pénitentiaire*, p. 368.

2) U. Conti, na *Enciclopedia* de Pessina, IV, pag. 100: "Il lavoro è un sforzo: ma sforzo diretto al bene; e perciò mezzo educativo individuale, e in corrispondenza col modo di progresso sociale. E tanto il lavoro abbellisce la vita, che, veramente, lavorare è vivere, como vivere è lavorare".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

penas carcerarias,[3]) e ter-se-ão os motivos principaes que justificam a mencionada obrigação. Krohne asseverou que o trabalho representava para o condemnado, não simplesmente um dever, mas tambem um direito. E que era immoral deixar na ociosidade, por um espaço de tempo, mais ou menos longo, o individuo a quem se conservava recolhido a uma prisão.

O regime do trabalho serve para as legislações, em geral, como um dos elementos que caracterizam as diversas especies de penas privativas da liberdade.

O trabalho dos condemnados deve ser constante, util (não só para elles, mas tambem para a collectividade, o Estado) e educativo ou instructivo. Realizado sem persistencia, a intervallos, mais ou menos demorados, perde elle quasi toda a sua salutar efficacia. Não se transforma em habito ou segunda natureza. Sem utilidade, com o intuito exclusivo de causar soffrimento (como a *treademill* ou o *crank* dos inglêses) carece de toda força moralisadora, fica sendo apenas uma medida, moral e physicamente, humilhante.[4]). A sua productividade tem como uma de suas condições o gosto com que a elle se dedique o condemnado.

O trabalho carcerario — problema dos mais graves, no dominio da sciencia penitenciaria — deve ser organizado de modo que o sentenciado, ao ser restituido á liberdade, se ache habilitado a prover, honestamente, pelo exercicio de um officio ou profissão, á propria sub-

---

3) Exner, fallando da ausencia de trabalho em não poucas prisões norte-americanas, observa: "Interessante é a experiencia de que os mais sérios tumultos (*Riots*) se verificam nos estabelecimentos em que falta o trabalho e impera a ociosidade (*Kriminalisticher Bericht ueber eine Reise nach Amerika*, pag. 31).

4) Escriptor citado na nota 2, *Cit.*, *loc.*, pag. 103: "La fatica per la fatica abbrutisce, e pur senza intimidire gran che, come attestano le statistiche".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

sistencia. Precisa ser individualizado, isto é, distribuido, tanto quanto possivel, de harmonia com as condições pessoaes de cada condemnado. Ás suas habilitações e precedentes occupações manda o artigo supra que se attenda. Quanto maior fôr a adaptação, maior será a efficacia do trabalho como meio correctivo.

Isso exige que, nos estabelecimentos destinados á execução das penas privativas da liberdade, se introduzam os trabalhos mais variados. E' obvio que semelhante *desideratum* só póde ser conseguido em proporções, mais ou menos, restrictas.

Cumpre excluir todos os trabalhos prejudiciaes á saude physica e espiritual dos condemnados. O contrario será aggravar injustamente a pena comminada pela lei.

Discutiu-se durante algum tempo se se devia empregar machinas no trabalho carcerario. Em outras palavras: se este devia ser puramente manual. Mas a duvida logo se dissipou. Venceu em toda a linha a opinião de que se fazia mistér habituar o condemnado aos methodos de producção usados no trabalho livre. Na vida impera a machina — disse Wutzdorff —, não póde, pois, ella ser banida dos estabelecimentos penitenciarios. [5]).

Na utilização de machinismos, é muito commum verificarem-se accidentes. Contra elles devem os condemnados ser garantidos como os operarios livres. [6]).

---

5) Em Bumke, *Handbuch*, pag. 182.

6) Cuche, *ob. cit.*, pag. 293: "...l'accident est une aggravation de la peine qu'il est injuste de faire supporter exclusivement au détenu qui en est victime. Il y a un risque dans l'exécution de la peine, comme il y a un risque profissionnel dans l'exécution du contrat de travail". O assumpto foi discutido no congresso penitenciario de Buda-Pesth (1905), que adoptou a seguinte resolução: "En cas d'accidents survenus dans le travail pénal, des indemnités doivent être allouées aux détenus ou à

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A exploração do trabalho penitenciario tem obedecido a differentes systemas. As vezes a administração penitenciaria adquire as materias primas necessarias e leva ao mercado os productos das industrias exercidas nos respectivos estabelecimentos. E' o *Public account system* dos americanos, a *régie* dos francêses. [7]). Outras é o trabalho dos sentenciados objecto de contracto. Par-

---

leurs survivants qui ont droit à l'alimentation, à la condition que l'incapacité subsiste après la liberation. Le droit à indemnité est exclu, si l'accident est causé volontairement ou par désobéissance grave aux réglements ou par faute lourde. L'indemnité a un caractère strictement alimentaire et sera fixée dans les limites des *maxima* et *minima* déterminés suivant la gravité de l'incapacité résultant du travail". Em 1907, na *Societé générale des prisons* amplos debates se travaram a respeito. Na Allemanha, desde a lei de de 30 de Junho de 1900, têm os presos direito á indemnização por accidentes no trabalho. Em nosso país, com essa interessante questão se occupa o ante-projecto de Codigo penitenciario, no cap. X. Eis os arts. que a ella se referem: "Art. 551. Os accidentes de trabalho verificados nos estabelecimentos penaes serão regulados, no que se refere á incapacidade temporaria ou permanente, de accordo com o que dispõem os artigos subsequentes. Art. 552. Para que tal obrigação se verifique devem occorrer as seguintes circumstancias: que o serviço tenha sido daquelles que se podem de antemão considerar perigosos, e que não houvesse de parte do sentenciado o proposito de inutilizar-se para não trabalhar ou fazer jús á indemnização. Art. 553. Quando o Estado pagar alguma indemnização, esta será levada ao credito do peculio de reserva do preso victimado, e ficará sujeito ao que prescreve o art. 541. Art. 554. Si do accidente resultar a morte, o peculio será entregue, sem maiores formalidades processuaes, por ordem do juiz de execução da pena, aos herdeiros da victima, respeitado o que preceitúa o Codigo Civil. Art. 555. Ao ministro da Justiça, quando ella fôr federal, e aos secretarios da Justiça, nas estaduaes, caberá determinar a indemnização, cujo valor deverá representar a metade do que fôr arbitrado pela justiça em casos semelhantes ou analogos, regulados pela lei de accidentes do trabalho".

7) Na opinião do notabilissimo Krohne, é este o systema que mais se recommenda, sob o ponto de vista ethico e do direito punitivo. Para afastar os inconvenientes que delle podem advir, aconselha o mesmo penitenciarista que os productos não sejam levados ao mercado, mas se destinem ás neccessidades do Estado ou de sua administração. A regra precisa ser — accrescenta — que tudo, desde a construcção das grandes prisões até os lenços de que usam os condemnados, por estes deve ser feito (*Lehrbuch*, § 97).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

ticulares ou emprezas industriaes fornecem, por sua conta e risco, mestres, ferramentas, machinismos e materias primas e pagam, por dia e por cabeça, o alludido trabalho. A administração se reserva apenas o poder disciplinar e a direcção, em certos limites. E' o *Contract system* norte-americano, a *entreprise* dos francêses. [8]). Como variante deste systema apparece o *Piece price system* (*Akkordsystem* lhe chamam os allemães). O particular ou a empreza ministra a materia prima; mas, envez de pagar o trabalho, compra o producto. O tempo durante o qual o condemnado deve entregar-se ao tra-

---

8) Merecem transcripção, relativamente ao systema contractual, as profunda e acertadas observações de Cadalso: "Tal sistema sólo trae ventajes al concesionario, al calculista que sólo mira el negocio, que únicamnte ve en el confinado un elemento productor y en la prisión una mina que explotar. Y así como el que labora las entrañas de la tierra excava en distintas direcciones hasta encontrar el filón, prescindiendo de todo lo que no sea metal, así los contratistas de esta clase de trabajo adoptam mil caminos, rectos o no rectos, pues la forma les importa poco, a trueque de conseguir una cuantiosa ganancia. Los arrendatarios, en ansia de obtner muchos productos y en el deseo de lograrlos al menor precio posible, emplean medios que destruyen la disciplina; y, relalado el orden, llégase pronto, como por rápida pendiente, a improcedentes distinciones entre los mismos reclusos, de la distinción á la injusticia, de la injusticia al abuso, del abuso a la immoralidad, que todo lo corrompe. El mejor penado para el contratista es el más hábil en el trabajo, aunque sea el más perverso en condición. Y como presenta buena cara bajo el punto de vista que él la mira, procura halagarle com aumento de jornal o haciéndole otras concesiones, que siempre redundan en daño de los demás operarios, y en todo caso en perjuicio grave de la moralidad y del régimen... En este sistema se hallan pendientes la situación económica y moral de multitud de penados, el sosiego y la buena marcha de una penitenciaría y los productos que debe rendir al Tesoro público, del acomodamiento o capricho de un concesionario... Y en la industria contratada es donde más se sienten los efectos de la competencia á la libre, ya porque el contratista saca las manufacturas al mercado, que desde luego puede sin perdida, expenderlas a más bajo precio, ya porque disponiendo de obreros baratos en la prisión, no toma a los que piden ocupación en libertad porque demandan más precio por su trabajo... Debe, pues, condenarse y proscribirse el trabajo por contrata en las prisiones (*Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos.* pag. 350)".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

balho e a respectiva fiscalização competem exclusivamente aos orgams da administração penitenciaria. Neste systema, não se sujeita o sentenciado, directamente, aos particulares. Tem-se sustentado ser este o melhor de todos, pois com elle a administração se fórra aos riscos commerciaes da empreza e os condemnados se libertam da terrivel especulação industrial. [9]).

Em varios Estados da União norte-americana, pelos fins do seculo XIX, se introduziu uma modificação do primeiro dos systemas apontados. Seu traço distinctivo consistia em que os productos da mão de obra carceraria não eram levados ao mercado publico, mas se destinavam unicamente a satisfazer as necessidades das instituições publicas (*State use system*). Precedeu-o o *Public works and ways system,* em que os sentenciados eram empregados em trabalhos de utilidade publica, como abertura de estradas e outros serviços.

Nesse país — segundo o testemunho de E. Foltin — todos esses systemas estão em uso. Informa esse escriptor que dos condemnados que, em 1923, se achavam nos estabelecimentos penaes norte-americanos 12 % trabalhavam sob o regime contractual, 7 % sob o do *Piece price,* 26 % sob o de *Public account,* 36 % sob o do *State use* e 19 % sob o do *Public-works and ways.* [10]).

---

9) João Chaves, *Sciencia penitenciaria,* pag. 242; Kriegsmann, *Einfuehrung* (trad. esp.), pag. 284.

10) *Amerikanisches Gefaengniswesen,* pag. 253. No referido anno — segundo o mesmo escriptor — as prisões dos diversos Estados produziram mercadorias no valor de 44.800.000 dollares, sem levar em conta as produzidas sob o *State use system.* A mór parte dessas mercadorias, correspondente a 26.100.000 dollares, foi exportada para outros Estados. O Hawes-Cooper Bill, a vigorar de janeiro de 1934 em diante, deu aos Estados o direito de impedirem a entrada em seu territorio de productos do trabalho carcerario de outros Estados. Essa lei deveria ter exercido o maior influxo na mão de obra penal da União Americana. E mostra a que difficuldades ella póde dar logar.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Em França, o systema da "entreprise générale" funcciona em todas as prisões departamentaes. Em alguns estabelecimentos (*maisons centrales*) vigora o systema de exploração pelo Estado (la régie). Em outros, um systema mixto: o primeiro para os serviços industriaes e o segundo para os economicos.[11]).

Na Belgica, os productos dos trabalhos dos detentos são reservados ás administrações publicas. Depois da lei de 30 de abril de 1931, o serviço do trabalho penintenciario foi erigido em régia autonoma.

Com relação á Allemanha, escreve Kriegsmann: "No regime penitenciario allemão se encontram os tres systemas. Mas existe a tendencia clara a limitar cada vez mais o da exploração por meio de contracto em beneficio dos outros dois. Esta tendencia corresponde a uma consideração acertada do valor dos tres systemas para a politica criminal".

Em Espanha, segundo o decreto de 5 de maio de 1913, é obrigatorio para todos os detentos (inclusive os que se acham em prisão preventiva) o trabalho. Exceptuam-se os maiores de sessenta annos e os enfermos ou impedidos. O trabalho é feito por administração, por contracto ou por conta dos proprios detentos, individual, collectiva ou corporativamente. Em alguns estabelecimentos se adoptam os tres systemas ou dois delles.[12]).

Em nossa patria, os poucos estabelecimentos penaes em que o trabalho dos reclusos se acha, mais ou menos, organizado seguem o systema de administração. Adopta-o a penitenciaria de São Paulo, a mais perfeita de

---

11) Cuche, *ob. cit.*, pag. 282; Mossé, *Les prisons et les institutions d'éducation corrective*, Paris, 1929, pag. 218 e segs. e 320 e segs

12) Cuello Calón, *Penologia*, pag. 171.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

quantas existem no Brasil. E com excellentes resultados. [13]).

Como todo trabalho, tambem o carcerario precisa ser recompensado. Está isso no interesse do proprio Estado. E' tão evidente esse interesse — pondera Cuche, repetindo os dizeres de insigne penitenciarista allemão — que até os mesmos países que negam aos reclusos direito a uma remuneração pecuniaria, direito a um salario, admittem o systema de gratificações ou premios.

Discute-se qual a natureza que tem ou deve ter a alludida recompensa. Ha quem a conceitue como verdadeiro direito (embora sujeito a certas restricções). E quem nella descubra apenas uma dadiva, cuja propriedade o recluso só adquire quando obtém a soltura. Em contrario á primeira destas maneiras de ver se externou o congresso penitenciario de Paris (1895). E' a da lei hollandêsa de 14 de abril de 1886. E do direito positivo francês. [14]). Os escriptores e as legislações, em sua maioria, dão preferencia á segunda. E não sem razões de bastante peso. Com ella se torna menos embaraçosa a organização, tanto teorica como pratica, do instituto.

Que criterio se deve escolher para a fixação do *quantum* da recompensa? O de uma porcentagem (*exempli gratia,* 1/3 ou 1/6) sobre o producto liquido do trabalho, de certa parte do lucro ou preço da mão de obra — é o mais seguido. O inconveniente que lhe notam está

---

13) Sobre o trabalho nas prisões brasileiras, encontram-se dados interessantes no livro de Lemos Brito, *Os systemas penitenciarios do Brasil.* Veja-se tambem, relativamente ao trabalho na Casa de Correcção do Rio, na penitenciaria de Nitheroy e no presidio da Ilha das Cobras, Americo de Araujo, *Sciencia penitenciaria positiva,* cap. XVII.

14) Assim pensa Cuche, *ob. cit.,* pag. 287. Em terreno mais largo, fóra do direito positivo, a sua opinião é que a remuneração não deve ser considerada como verdadeiro direito.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

na desigualdade das recompensas, pois trabalhos ha mais lucrativos do que outros. Nem sempre os mais penosos ou que reclamam maior habilidade são os de maior lucro. Os reclusos empregados nos officios menos rendosos se consideram injustamente prejudicados; e isso lhes tira ou diminue a boa vontade e o estimulo.

Outro criterio é o da remuneração por dia de trabalho, qualquer que este seja (*pensum*); dando-se aos mais diligentes, aos que ultrapassarem a tarefa ordinaria, uma gratificação supplementar, de certa relevancia. Com este criterio, consoante observa Krohne, são favorecidos os reincidentes, os hospedes habituaes das prisões. Para obviar a essa desvantagem, varias medidas têm sido alvitradas. Entre ellas, a de attribuir aos reclusos dessa especie menor remuneração.

Aquelles que encaram a recompensa como mera liberalidade, concedida com objectivo disciplinar e moralizador, propugnam que seja ella fixada, não sobre a base do valor dos productos, mas de accordo com a bôa vontade e a assiduidade do recluso. Assim se evitam — diz Cuche — differenças absolutamente injustificadas. [15] [16]).

---

15) *Ob. cit.*, pag. 378. Na Penitenciaria de S. Paulo, os reclusos, relativamente ao trabalho, se dividem em tres classes. Cada uma dellas se compõe de aprendizes, operarios e officiaes. Os salarios (é a expressão do regulamento) variam conforme a classe e a qualificação do recluso. Esta ultima se baseia no esforço e no comportamento de cada um delles. Na primeira classe — a melhor — o aprendiz de conducta exemplar ganha 480 reis por dia de trabalho (oito horas e meia), o operario, da mesma categoria, 720 e o official 1$440. Os reclusos dessa classe de conducta bôa, regular, media e soffrivel ganham, respectivamente, 5/6, 4/6, 3/6 e 2/6 desses salarios. Na segunda classe e na terceira a remuneração é menor. Em todas as classes, o recluso de comportamento pessimo nada percebe.

O ante-projecto do codigo penitenciario manda que a remuneração se faça "de accordo com a classificação geral e a tabella previamente fixada". O art. 528 accrescenta: "Para o fim previsto no artigo antecedente, serão organizadas tres tabellas especiaes: a primeira com as remunerações maximas, corresponderá

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O peculio formado pelas remunerações (salarios ou gratificações) sóe ser dividido em disponivel e de reserva. O primeiro se destina á acquisição de viveres e objectos, cujo consumo ou uso os regulamentos permittem, ao auxilio a membros da familia, [17]) em caso de necessidade,

---

aos reclusos de mais alta categoria pelo procedimento e pela dedicação e competencia technica; a segunda, com o abatimento de 20%, corresponderá aos reclusos de categoria media, com procedimento bom e regular capacidade de trabalho; a terceira, com 40% de abatimento, corresponderá aos reclusos insubmissos, faltosos e de menor productividade". O art. seguinte determina que, de tres em tres mezes, se procederá a uma revisão das categorias ou classes de presos, para a promoção ou rebaixamento, conforme o procedimento e a efficiencia de cada um.

16) Em muitos Estados da União norte-americana a remuneração não é pecuniaria. O penado que, durante determinado numero de dias, trabalha regularmente, obtém, como recompensa, uma diminuição (um ou mais dias) na duração da pena. E' o systema do "good time". Em alguns Estados combinam-se os dois systemas. Com o "good time system" poupa o Estado dinheiro; tem o condemnado poderoso estimulo para a applicação ao trabalho; e dispõe o director do estabelecimento de excellente meio disciplinar, que é o cancellamento ou a reducção do tempo ganho.

A sub-commissão legislativa, encarregada do regime penitenciario, organizou um projecto tendente a introduzir em nosso pais esse instituto. Na justificação que o acompanhou disse ella: "Além dos Estados Unidos, só a Republica Oriental do Uruguay consta ter adoptado o novo instituto de encurtamento gradual da pena na lei de 30 de janeiro de 1918, intitulada "Lei de liberdade condicional ou antecipada de penados", em que, revogando a lei de 26 de novembro de 1910, altera o art. 93 do Codigo Penal, estatuindo o desconto de um dia do tempo da pena por um dia de bom procedimento nos seguintes termos: "A los condenados á penitenciaria e a prisión, que no hayan recibido condena anterior por delito de derecho commum y que ofrescan pruebas ciertas de correción moral se les podrá disminuir por cada dia de buena conducta un dia de condena, concediendoles oportunamente la liberdad condicional revocable, por los dias restantes". No codigo actual não encontramos reproduzido este dispositivo. O *good time system* é tambem usual na Inglaterra. Leia-se: Candido Mendes, *Escurtamento gradativo da pena*, no *Jornal do Commercio*, do Rio, de 16 e 17 de abril do corrente anno (1938).

17) Com razão observa Frede (*Reform d. Stravollzuges*, pag. 124) que o auxilio aos parentes deve ser voluntario e não coagido ou obrigatorio. Com caracter de obrigatoriedade, perde elle o valor educativo. O art. 544 do ante-projecto de codigo penitenciario para o nosso país não attendeu a essa circumstancia.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

etc. O segundo tem por escôpo proporcionar ao condemnado, que readquire a liberdade, meios que lhe facilitem portar-se honradamente. Estão accordes os entendidos em que o peculio não deve ser entregue ao egresso de uma só vez, no dia em que elle volta ao seio da collectividade. A posse immediata da toda a importancia, reunida em lapso de tempo, mais ou menos, dilatado, é causa frequente de reincidencia: o egresso atira-se á satisfação de vicios e prazeres, não raro em companhia de antigos camaradas, que o esperam á porta da prisão, gasta desordenadamente e retorna á má vida anterior. Em França se adoptava o expediente de ser o peculio entregue na localidade em que o egresso ia habitar. Muitos regulamentos penitenciarios preceituam que só parte do peculio será entregue á sahida da prisão — a necessaria para os primeiros dias; sendo o resto remettido á autoridades de policia locaes ou á associações de patronato. Na Inglaterra, a regra é o envio ás "Aid Societies". [18]).

II. — Dissemos que o regime do trabalho era um dos elementos de que a maioria das legislações se utilizava para a differenciação das varias especies de penas privativas da liberdade. E' facil demonstrar a verdade desse asserto. O codigo allemão conhece quatro especies dessas penas — reclusão (*Zuchthaus*), prisão (*Gefaengnis*), prisão em fortaleza (*Festungshaft*) e detenção (*Haft*). Nas duas primeiras, é o trabalho obrigatorio, mas na segunda tem o condemnado o direito de ver attendidas as suas qualidades e aptidões e não póde ser empregado, sem que nisso consinta, em trabalhos externos.

---

18) O ante-projecto citado diz no art. 542: "Como medida de segurança, poderá o Conselho Penitenciario determinar que a entrega do peculio de reserva se faça por parcellas mensaes ou quinzenaes, até que o liberado haja obtido um emprego ou revelado sua adaptação á sociedade honesta".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Nas duas ultimas não existe a obrigação de trabalhar (exceptuados alguns casos na detenção). O codigo italiano (Zanardelli) não isentava o condemnado, em qualquer das penas privativas da liberdade, dessa obrigação. Mas, na *detenzione,* lhe attribuia a faculdade de escolher livremente o genero de trabalho. O actual (Rocco), mantendo a obrigação de trabalho para todos os condemnados, dispõe, quanto aos que soffrem a pena de arresto (peculiar ás contravenções), que elles poderão ser empregados em trabalhos differentes dos organizados no estabelecimento "avuto riguardo alle sue attitudini e alle sue precedenti occupazioni (art. 25, al. 2)". O hollandês, que tambem não dispensa os penados de trabalho, lhes dá, no caso da *Hechtnis,* o direito de escolha. O polaco liga á pena de prisão a obrigação de trabalhar, segundo as instrucções da administração do estabelecimento, não exceptuando os trabalhos externos. O condemnado á pena de arresto é obrigado a consagrar-se a um trabalho de sua escolha. Se esse trabalho perturba a ordem interna do estabelecimento ou se o condemnado não quer dedicar-se a nenhum trabalho, a administração designa o que lhe parecer apropriado (arts. 39 e 40). O projecto checo-eslovaco sujeita o individuo condemnado á pena de reclusão a todo e qualquer trabalho que exista no estabelecimento ou se torne necessario (§ 111). O condemnado á pena de prisão póde escolher a occupação. O § 118 determina que o seu desejo deve ser attendido, tanto quanto possivel. O projecto brasileiro (Sá Pereira), dispondo acerca do modo de execução da pena de detenção, diz: "o condemnado será adstricto ao trabalho, mas poderá escolher, dentre os que se executarem no estabelecimento, o que melhor lhe convenha, se não preferir trabalhos intellectuaes a que já esteja affeito; não se lhe poderá impôr trabalho ao ar livre em obras ou serviços

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

publicos (art. 63)". Relativamente á pena de prisão, dispõe: "Salvo prohibição medica, todo sentenciado é adstricto ao trabalho, que corresponderá, tanto quanto possivel, á profissão que já exercia, ou á vocação especial que revelar. No primeiro anno desse regime, o trabalho será no interior do estabelecimento, ou nas suas dependencias. Do segundo anno em diante, poderá ser ao ar livre, em obras e serviços publicos. Para obras e serviços publicos fóra do estabelecimento, não se escala sentenciado que nelle tiver occupação ajustada ás suas aptidões, salvo quando preferir o trabalho ao ar livre ou este lhe fôr imposto como medida disciplinar". No art. 82 diz esse projecto: "A pena de relegação importa em severo regime de trabalho diurno ao ar livre..."

Nosso codigo, no art. que commentamos, não distingue entre prisão cellular e reclusão. A ambas se applica o preceito ahi contido.

Podem os condemnados, contra sua vontade, ser empregados em trabalhos externos? No caso affirmativo, inclusive os sujeitos á pena de reclusão? Na vigencia do codigo de 1830, os condemnados á pena de galés podiam ser empregados nos trabalhos publicos da Provincia, á disposição do governo (art. 44). A pena de prisão com trabalho só obrigava a trabalhos dentro do recinto das prisões (art. 46). Na do codigo actual, não é licito, sem acquiescencia dos condemnados, empregá-los em serviços externos. Faltava aos Estados, antes de 1934, competencia para legislarem em sentido contrario. Depois dessa data, a incompetencia se tornou ainda mais evidente.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 54 — A pena póde ser cumprida em qualquer estabelecimento especial, ainda que não seja no logar do domicilio do condemnado.

I. — A pena deve ser cumprida, por via de regra, no logar em que o crime foi perpetrado ou onde o delinquente tem seu domicilio. Assim adquire ella maior gráu de exemplaridade.[1]). Mas penas ha que se expiam, em parte ou no todo, em estabelecimentos especiaes, que só em determinados logares existem. Em tal caso, impossivel é a observancia daquella regra. Dahi a permissão, aliás desnecessaria, contida no art. supra. Ainda na hypothese da prisão simples em que fôr convertida a de prisão com trabalho, se no logar do crime ou do domicilio do condemnado não houver prisões commodas e seguras, consente o codigo que o cumprimento da pena se effectue em logar differente (art. 409, § 1.º).

O codigo criminal do Imperio mandava que as penas de prisão fossem cumpridas "na maior proximidade que fôr possivel dos logares dos delictos (art. 47)".

II. — O art. 831 da Nova Consolidação das leis referentes á Justiça Federal preceituava: "As penas de

---

1) Chaveau et Hélie, *Théorie du Code Pénal*, I, n. 412: "ce but ne serait pas atteint si l'exécution n'avait pas pour témoins les lieux mêmes où le délit a été commis, si ce délit n'était pas expié sous les yeux qui l'ont vu commettre".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

prisão serão cumpridas nos estabelecimentos da União, e, onde não os houver, nos estabelecimentos dos Estados, mediante annuencia dos respectivos governos, e de accordo com as prescripções contidas no liv. 1.º, tit. 5.º, do Codigo Penal".

A lei de segurança, em seu art. 43, determina: "No interesse da ordem publica ou a requerimento do condemnado, poderá o juiz executor da sentença ordenar seja a pena cumprida fóra do logar do delicto. Poderá, egualmente, em qualquer tempo, determinar a mudança do logar do cumprimento da pena.

§ 1.º — O logar do cumprimento da pena, salvo requerimento do interessado, não poderá ser situado a mais de mil kilometros do logar do delicto, asseguradas sempre boas condições de salubridade e de hygiene.

§ 2.º — Das decisões sobre o modo e logar do cumprimento da pena cabe recurso para a instancia superior, com o processo dos recursos criminaes".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 55 — O condemnado á pena de prisão cellular, maior de seis annos, incorre por tal facto em interdicção cujos effeitos são:

a) suspensão de todos os direitos politicos;

b) perda de todo officio electivo, temporario ou vitalicio, emprego publico da Nação ou dos Estados e das respectivas vantagens e vencimentos;

c) perda de todas as dignidades, condecorações e distincções honorificas;

d) perda de todos os munus publicos.

§ unico — Sempre que o codigo applicar, além da pena corporal, a de privação do exercicio de alguma arte ou profissão, esta pena só produzirá seus effeitos depois de cumprida a pena corporal.

I. — Enumera o codigo, no art. 45, na escala das penas, a de interdicção. No art. supra declara que nella incorre o condemnado á pena de prisão cellular maior de seis annos; e simplesmente pelo facto da condemnação. Menciona os seus diversos effeitos; e, no paragrapho unico, accrescenta que a pena de privação do exercicio de alguma arte ou profissão só produzirá seus effeitos depois de cumprida a pena corporal.

A interdicção consiste na privação, transitoria ou permanente, de determinados direitos ou da possibilidade de os adquirir. Essa privação se funda em um ou

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

outro dos dois motivos seguintes: na ausencia de idoneidade por parte do respectivo titular ou da pessôa que pretende adquiri-los; ou na falta da necessaria capacidade para o exercicio de certas artes ou profissões.

Em regra, os direitos nada têm que ver com a honra ou dignidade de quem os deseja adquirir ou de quem os exercita. Alguns ha, todavia, que não dispensam certo gráu de moralidade no respectivo titular. São direitos, de ordem publica, que a lei só concede áquelles que delles se mostram merecedores. Assim, por exemplo, o direito de votar e ser votado (a capacidade eleitoral activa e passiva), o de occupar empregos publicos, e outros mais.

O individuo que é condemnado a certas penas — a de reclusão entre os allemães, a de *ergastolo* entre os italianos, a de *penitenciaría* entre os peruanos e uruguayos, a de prisão cellular maior de seis annos em nosso país — demonstra, aos olhos da lei, carencia de idoneidade moral — a honra politica ou juridica — necessaria á acquisição, uso e goso de taes direitos. Decae da confiança que a sociedade nelle depositava; e, por essa razão, delles vem a ficar privado.[1]).

---

1) E' porventura razoavel e justo que, por uma condemnação a certa pena, embora grave, se presuma sempre e obrigatoriamente semelhante indignidade? Quer-nos parecer que não. O que torna o individuo indigno é o facto criminoso e não a pena: "le crime fait la honte et non pas l'échafaud". Se da especie ou do gráu da pena se póde, em regra, concluir a respeito da natureza do crime, isso tem excepções, como bem observou Stooss (*Grundzuege d. schw. Strafr.* I,371). O mais acertado, segundo se nos afigura, é tornar facultativa a privação de direitos, deixando que o juiz a applique, quando reconhecer a effectiva indignidade do condemnado. Imposta de modo imperativo, *ipso jure*, a interdicção torna automaticamente deshonrosa ou infamante a pena a que se liga. Referindo-se á privação obrigatoria dos direitos civicos, em caso de reclusão, disse, nas discussões da segunda commissão revisora do projecto suisso, o professor Gautier: "C'est la notion de *la peine infamante*, à laquelle nous devions substituer enfin, et sans esprit de retour, la notion du *délit infamante*. Je ne comprends

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Em considerações de outro genero se funda a interdicção no caso de privação do direito de exercer certas artes ou profissões. A pena, em tal caso, tem como razão de ser a incapacidade revelada pelo agente e a conveniencia ou necessidade de evitar que elle possa, no futuro, pôr em risco de novo a incolumidade de bens juridicos alheios.

E' realmente pena a interdicção ? Não representa antes effeito especial da condemnação a determinadas penas ? A duvida foi suscitada, na interpretação do artigo de que nos occupamos, por alguns dos nossos commentadores.[2]). Tambem em outros países, em face das respectivas legislações, se tem discutido qual a verdadeira natureza desse instituto. Basta lembrar um delles — a Allemanha. A incapacidade a que o codigo allemão sujeita o condemnado á pena de reclusão *(Zuchthaus)* é reputada por alguns escriptores[3]) como penalidade, de indole accessoria, e por outros,[4]) como méro effeito da condemnação. O argumento principal de que se soccorrem os defensores desta ultima opinião é que a incapacidade decorre *ipso jure* da condemnação. Esta cir-

---

pas pourquoi un individu qui aurait commis un délit entrainant la réclusion, mais ne decoulant pas du tout d'un caractère ou d'instincts bas, doit être nécessairement privé de ses droits et traité comme ceux qui commettent des délits denotant de la bassesse. Nous savons tous que les délits graves, meurtres, p. ex., dont les mobiles n'on absolument rien d'infamant, ne sont pas rares de tout (*Procès verbal*, I, p. 303)".

2) Macedo Soares, seguindo a J. Vieira, considera a interdicção como effeito especial da prisão cellular maior de seis annos e não como pena propriamente dita (*Cod. pen. comm.* art. 55). E em sentido contrario: Galdino Siqueira, (*Dir. pen. bras.*, I, pag. 597).

3) Binding, *Handbuch*, pag. 326 e segs.; *Grundriss*, A. T. pag. 255; Meyer-Alffeld, *Lehrbuch d. deut. Strafr.*, § 56; Haelsehner, *Handbuch*, I, 618, 1).

4) v. Liszt, *Lehrbuch*, 251; Olshausen, *Kommentar*, not. 4 ao § 31; Frank, *Das Strafgesetzbuch*, n. 1 ao § 31.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

cumstancia, todavia, não póde ser tida como decisiva.[5]) Com razão observa Goldschmidt que mais significativa do que ella é a de perdurar a incapacidade ainda após a extincção da pena privativa da liberdade.[6]).

Perante o codigo patrio, o caracter penal da interdicção está fóra de qualquer duvida séria. Não se trata de pena contra a honra ou infamante; mas de pena privativa de certos direitos, restrictiva da capacidade juridica do condemnado.

Percorrendo as diversas legislações do mundo culto, vemos que quasi todas ellas ligam a perda de certos direitos (direitos civicos) ás penas privativas da liberdade de maior duração. Isto se dá, exemplificando, com a Inglaterra, França, Italia, Austria, Noruega, Espanha e Portugal. Alguns desses países estendem a referida perda á esphera dos direitos puramente patrimoniaes (privando, *exempli gratia,* o condemnado de administrar os proprios bens e delles dispôr, por actos *inter vivos* ou *causa mortis),* o que importa em parcial sobrevivencia da anachronica e abominavel morte civil.[7]).

Todos os codigos acolhem, com maior ou menor amplitude, o instituto das penas privativas de direitos. Só

---

5) O. Mareuse, *Die Ehrenstrafen,* pag. 2: "As penas privativas de direitos (*Ehrenstrafen*) da legislação actual se dividem em duas especies, conforme são impostas, como penas principaes ou accessorias, mediante sentença judicial, ou se ligam necessariamente, *ipso jure,* á condemnação por certos crimes. A identidade conceitual dessas duas especies não póde ser posta em duvida, pois a pena não perde seu caracter pela circumstancia de resultar, não de uma decisão dos tribunaes, mas de um dispositivo legal. Em ambos os casos é a ordem juridica que commina a pena, no primeiro immediatamente, no segundo por intermedio de seus orgams (*lex specialis*)."

6) *Vergleichende Darstellung,* A. T., IV, p. 265. n. 8.

7) São de Cuello Calón, *Penología,* pag. 257, as seguintes linhas a respeito desse instituto: "Ninguna pena privativa de derechos llegó a la monstruosidad que las antiguas legislaciones instituyeron con el nombre de *muerte civil.* Al condenado a ella se le conside-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

o do Japão deixou de fazê-lo.[8]). Em diminuto numero delles apparecem taes penas com o caracter de principaes. Geralmente ellas são applicadas como accessorias, *ipso jure* ou mediante decisão judicial.

O conteúdo da pena de interdicção é formado por um complexo, mais ou menos extenso, de direitos. Com razão qualificou Stooss como erronia dar a esses direitos unidade legal e sujeitar o culpado, sem attenção ao caso concreto, á perda da totalidade delles. Ao insigne criminalista pareceu de recommendavel acerto a solução do codigo genebrino, que concedia ao juiz a faculdade de privar o condemnado de todos os alludidos direitos ou

---

raba muerto para la sociedad, su participación en la vida politica y civil cesaba por completo. Esta barbara ficción desataba los lazos de familia, la autoridad marital, la patria potestad desaparecian; el condenado dejaba de ser ciudadano y hasta perdia sus derechos patrimoniales, se abria su sucesión a favor de sus herederos naturales; tampoco podia adquirir a titulo gratuito, por donación entre vivos, ni por testamento, ni aun podia disponer de los bienes que adquiriese con su trabajo. Esta pena se suprimió en todas partes, no sólo por inmoral sino tambien por lesionar los derechos de personas inocentes, violando así el principio tan firmemente proclamado de la personalidad de las penas. No obstante su inconcebible injusticia ha llegado hasta la mitad del siglo XIX; en Francia, por ejemplo, ha estado en vigor hasta la ley de 5 de Mayo de 1854 que la suprimió".

Em diversas legislações de nosso tempo ainda sobrevivem vestigios da antiga morte civil: o condemnado a certas penas graves perde a capacidade de administrar os proprios bens e de testar, ficando nullo o testamnto feito antes da condemnação. Esse resto de uma instituição inteiramente desmoralizada se encontra, por exemplo, no codigo fascista. O ante-projecto de revisão do codigo penal francês mantem o mesmo ponto de vista atrazado. A Allemanha nazista procura resuscitar, como a mais grave das penas contra a honra, a *Aechtung* (proscripção). O individuo incurso nessa pena é declarado infame (*ehrlos*), perde a qualidade de subdito allemão e a capacidade de dirigir os proprios bens (*Geschaeftefaehigkeit*), inclusive a de dispôr *causa mortis*. O seu patrimonio póde ser confiscado (*Das kommende deutsche Strafrecht*, I, pag. 121). As penas contra a honra têm, no futuro direito penal allemão, papel da maior revelancia. A commissão encarregada da elaboração do novo codigo lhes dedicou especial attenção (*ob. cit.*, pag. 138).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

de alguns delles sómente *(interdiction en tout* ou *en partie).*

Notaveis escriptores modernos propugnam a idéa de expurgar a destituição ou perda de direitos — a interdicção — do caracter penal, transformando-a em simples medida preventiva ou de segurança. O projecto allemão de 1925 adheriu a essa corrente. Elle acabou com as chamadas *Ehrenstrafen,* [9]) collocando a privação ou perda de direitos no quadro das medidas de segurança (§§ 54 a 57). Decidido partidario de uma refórma nesse sentido é o criminalista suisso Ernesto Hafter. [10]). Tambem o celebre Stooss se manifestou abertamente infenso á privação de direitos como pena. Ella não educa, não regenera, não intimida — ponderou elle; não merece, portanto, ser empregada como meio de repressão. Para o genial autor do projecto suisso essa privação devia ser confiada ao prudente criterio dos juizes, não como pena, mas como medida de policia e prevenção. [11]).

Os codigos e projectos mais modernos não se animaram a remodelar nesse sentido o instituto. Passemos em revista alguns delles. O codigo italiano considera pena accessoria a interdicção. Esta recebe o qualificativo de legal, quando ligada a uma condemnação á pena de *ergastolo* ou á de reclusão por tempo não infe-

---

8) A commissão "Rinji-Hosel-Schingkwai", em suas propostas para a reforma do codigo penal desse país — codigo que já conta mais um trintenio — propugnou o restabelecimento das disposições do anterior (1880) relativas á perda e suspensão dos direitos civicos honorificos (*Zeitschrift fuer d. ges. Strafrechtsw.*, XLVII, pag. 70).

9) Exposição de motivos (*Begruendung*), pag. 44.

10) *Lerbuch d. schw. Strafr.*, §§ 66,67 e 68.

11) *Grundzuege*, I, pag. 372. Contra as penas privativas de direitos (*Ehrenstrafen*), principalmente, Liepmann, *Mitteilungen* d. I. K. V., XXII, pag. 22 e segs. e *Reform d. deut. Strafrechts* (*Hamburger Schriften*, Heft 2), pag. 123 e segs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

rior a cinco annos. No primeiro caso, ella acarreta a perda perpetua dos "pubblici uffici" (todo direito politico, todo cargo não obrigatorio de serviço publico, a tutela ou curatela, os gráus academicos, os titulos honorificos, os estipendios, as pensões, etc.), assim como a do patrio poder, da autoridade marital e da capacidade de testar, tornando-se nullo o testamento feito antes da condemnação. No segundo, priva o condemnado, durante o periodo da pena, do exercicio do patrio poder e da autoridade marital, salvo se o juiz determinar o contrario. Em ambos, quanto á disponibilidade e administração dos bens, assim como á representação nos actos aos mesmos referentes, fica o condemnado submettido ás normas da lei civil ácerca da interdicção judicial.

A condemnação á pena de reclusão por menos de tres annos importa a interdicção dos "pubblici uffici" pelo prazo de cinco annos. A declaração de habitualidade, de professionalidade ou de tendencia a delinquir produz essa interdicção por toda a vida. No caso de condemnação por crime culposo, não se applica a interdicção, tanto dos "pubblici uffici" como a legal, temporaria. Esta interdicção tem o minimo de um anno e o maximo de cinco.

A interdicção póde ser de uma profissão ou arte. O individuo incurso em semelhante pena fica privado, emquanto ella durar, da capacidade de exercitar uma profissão, arte, industria, commercio ou mistér "per cui è richiesta una speciale autorizzazione o licenza della Autoritá". [12]. Toda condemnação por delictos commetti-

---

12) Explicando esta restricção, escreveu o ministro Rocco: "...non ho creduto, nel Progetto definitivo, anchi a seguito di autorevoli osservazioni parvenutemi dai Corpi consultati, mantenere la estensione della incapacità a tutte quelle forme di attività (professioni, arti, industria, mestiere), che non siano vigilate dal-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

dos com abuso de poderes ou violação de deveres inherentes a uma funcção publica ou com abuso de uma profissão, arte, industria, commercio ou mistér importa a interdicção temporanea dos "pubblici uffici" ou da profissão, arte, industria, commercio ou mistér, (art. 31). E' sempre temporaria a interdicção de uma profissão ou arte, não podendo exceder o maximo de cinco annos e o minimo de um anno, salvo nos casos expressamente exceptuados pela lei (art. 30).

A condemnação por contravenção praticada com abuso da profissão, arte, industria, commercio ou mistér,

---

Autoritá pubblica. Quantungue esse divengono sempre meno numerose nell'attuale ordinamento giuridico, in correlazione alle più vive e complesse esigenze di tutela contro pericoli di abusi pregiudizievoli al pubblico interesse, ho considerato che per le dette professioni, arti, industria, o per i detti mestieri, il cui esercizo non ha proprie caratteristiche, come fonte di particulari doveri e, anche, di eventuali pericoli, possa essere socialmente dannoso il paralizzare le energie lavorative della Nazione (*Relazione sul prog. definitivo*, V, parte prima, pag. 73)". O codigo precedente já continha essa limitação. As razões que a justificavam se acham muito bem expostas por U. Conti na *Enciclopedia*, de Pessina, vol. IV, pag. 528. O assumpto foi bastante discutido pelas duas commissões revisoras do projecto suisso. Na de 1896, se pronunciou Stooss favoravel á restricção, sendo acompanhado por Wettstein. Mas essa opinião ficou vencida. Na segunda commissão, uma proposta de Lang, em sentido restrictivo, não logrou approvação. A maioria preferiu dar á medida caracter facultativo, limitando o seu emprego ao caso de ser a pena privativa da liberdade de tres meses e fixando a duração maxima de cinco annos. Leia-se Kuntz, *Das Gewerbe und Berufsverbot im Strafrecht*, Berne, 1922, pag. 40 e segs. Das legislações cantonaes, só a de Lucerna circumscreve a prohibição ás profissões ou industrias dependentes de concessão ou autorização publica.

Entre os criminalistas partidarios da restricção figura Goldschimidt. Elle observa que a prohibição geral póde dar logar a conflictos com o principio da liberdade de industria (*ob. cit.*, pag. 422). O contra-projecto allemão (§ 76) se collocou nesse ponto de vista limitativo. A *communis opinio* dos escriptores e das legislações lhe é contraria.

Alguns codigos só se referem á perda ou suspensão do exercicio de industrias ou profissões na parte especial, relativamente a determinados delictos. Esse methodo foi preconizado sobretudo por v. Wick (*Ehrenstrafen*, pags. 151 e 304) e Rosenberg (*Deut. Jur. Zeit.*, XVI, pag. 1136). E' o de nosso codigo.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

bem como com violação dos respectivos deveres dá logar á suspensão temporaria — quinze dias no minimo e dois annos no maximo — da profissão, arte, industria, etc., para os quaes se exija permissão especial, habilitação, autorização ou licença da autoridade. Não se verificará a suspensão se a pena imposta fôr inferior a um anno de arresto.

O codigo cujos preceitos, no tocante ao instituto da interdicção, resumimos, não se notabiliza, nesse assumpto, por innovações de importancia. Repete o direito anterior, sem modificações essenciaes.

O polaco, mais novo dois annos, menciona como penas accessorias — a perda dos direitos publicos, a dos direitos civicos honorificos, a do direito de exercer uma profissão e a dos direitos de familia e de tutela (art. 44). A primeira destas categorias comprehende — a perda do direito de voto e de elegibilidade para todos os corpos legislativos autonomos e outras instituições de direito publico, a perda do direito de participar do exercicio da justiça, a das funcções e dos cargos publicos, assim como a da capacidade de adquiri-los. A segunda abrange a perda dos titulos honorificos e scientificos, das condecorações, das distincções, bem como da capacidade de adquiri-los. A perda dos direitos publicos e dos direitos civicos e honorificos é obrigatoria nos casos de condemnação á pena de morte, prisão perpetua, prisão por crimes contra o Estado e outros commettidos por espirito de avidez. Essa perda é facultativa no caso de outras infracções praticadas por motivos baixos. A do direito de exercer uma profissão é obrigatoria nos mesmos casos em que o é a dos direitos publicos e civicos honorificos, se se verificar: *a)* que o autor abusou de sua profissão, praticando a infracção; *b)* que esta denuncía por parte do mesmo autor, inca-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

pacidade para exercer a profissão, perigosa para a sociedade. A referida perda é facultativa nos demais casos, se houver abuso da profissão ou incapacidade para exercitá-la. Com a condemnação por delicto commettido contra menor de 17 annos ou em cooperação com menor dessa edade, poderá o tribunal decretar a perda dos direitos de familia e tutela. A dos direitos produz seus effeitos desde que a sentença passa em julgado. Ella é por toda a vida, quando a pena fôr de morte ou prisão perpetua. Nos outros casos, durará de dois a dez annos. Decorrido certo lapso de tempo — metade, pelo menos dois annos — póde o condemnado ser restituido á posse dos direitos, de que foi privado, se tiver levado vida irreprehensivel.

A analyse das disposições desse codigo, *in subjecta materia,* mostra sensivel progresso. Não só o instituto se simplifica, mas tambem perde as asperezas que traziam á lembrança a antiga morte civil.

O codigo dinamarquês, promulgado em 1930, mas que só começou a vigorar em 1933, não inclue a interdicção ou perda de direitos entre as penas ordinarias (como elle se exprime). Ella apparece no capitulo que se intitula — "outros effeitos do acto punivel", com o nome de degradação civica.

Resumamos os dispositivos que ahi se encontram: o individuo, maior de 18 annos, condemnado á prisão ou á internação em estabelecimento de trabalho ou segurança, se culpado de um acto infamante, *será privado* dos seguintes direitos: *a)* do exercicio das funcções e cargos publicos que estiver desempenhando, bem como da possibilidade de obter outras collocações do mesmo genero; *b)* de votar e ser votado nas eleições publicas; *c)* da capacidade de exercitar certas funcções (despachante, corrector, medico, dentista, veterinario, director ou professor

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

de casa de educação ou escola, etc.) ou de qualquer funcção, cargo ou actividade economica, para cujo desempenho se requeira, como condição, a honorabilidade do titular ("une vie honorable ou aütre reserve semblable", diz a traducção francêsa); e *d)* do beneficio de uma aposentadoria, pensão ou outra contribuição publica, para cuja obtenção ou goso seja necessario que a pessôa em questão não tenha sido, por sentença, considerada como culpada de um acto infamante ou de outro facto analogo. A privação de direitos (degradação civica) póde ser temporaria (não inferior a cinco annos) ou perpetua. Nella incorre o accusado a partir do dia em que a decisão se torna definitiva. Se temporaria, a degradação civica principia a correr do dia em que a pena é cumprida, fica prescripta ou obtém remissão.

A pessôa que praticar um acto punivel no exercicio de alguma das actividades mencionadas ou de funcção para a qual se exija particular exame, mostrando-se, pelo mesmo acto, sem a idoneidade necessaria ou não merecedora de confiança, *poderá ser privada* do exercicio dessa funcção ou desse cargo, perpetuamente ou pelo espaço de um a cinco annos.

São estes os principios que regulam a "degradação civica" no moderno codigo da pequena, mas culta Dinamarca.

O codigo do Uruguay, em vigor a contar de 1934, inclue na lista das penas a de inhabilitação. Ella se divide em absoluta ou especial (com duração de 2 a 10 annos) e especial de determinada profissão (com a mesma duração). Admitte mais, como pena, a suspensão do cargo ou officio. A inhabilitação absoluta produz: I — A perda dos cargos e empregos publicos, ainda que de eleição popular; II — A privação, durante a condemnação, de todos os direitos politicos, activos e passivos;

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

III — A incapacidade para os alludidos cargos e empregos, durante o prazo da condemnação. A inhabilitação especial para determinadas profissões, academicas, commerciaes ou industriaes, produz a incapacidade de exercer a profissão, pelo tempo da condemnação. A pena de penitenciaría acarreta: *a*) a inhabilitação para cargos, officios publicos e direitos politicos, emquanto durar a condemnação; *b)* inhabilitação especial para o exercicio de profissões academicas, durante o mesmo tempo; e *c)* a perda do patrio poder e da administração dos bens, por egual prazo. A pena de prisão arrasta comsigo a suspensão do cargo ou officio publico, profissões academicas e direitos politicos.

Posterior a esse codigo, o da republica chinêsa, posto em vigor ha pouco mais de dois annos, indica como pena accessoria a privação dos direitos civicos (art. 34). Esses direitos são: a capacidade de desempenhar funcção publica, a de ser candidato a uma funcção dessa natureza e a de exercitar os direitos de eleição, revogação, iniciativa e referendum. A condemnação á pena capital ou á prisão perpetua priva o condemnado, por toda a vida, dos direitos civicos. A condemnação á pena de prisão excedente de seis meses produz a privação, com o limite minimo de um anno e o maximo de dez, se, pela natureza da infracção, se verifica que ella é necessaria. A privação perpetua tem effeito desde o dia em que a sentença se torna definitiva; a temporaria, após a execução total da pena principal ou de seu perdão. A privação da capacidade de exercer industrias ou profissões não se nos depara nesse codigo, quer como pena, quer como medida de segurança.

Vejamos como os mais modernos projectos de codificação penal, os mais reputados, organizam o instituto da interdicção. Abramos a série com o suisso (1918).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Consigna elle como penas accessorias a privação dos direitos civicos e a destituição, ambas temporarias, com a duração maxima de dez annos. A condemnação á pena de reclusão priva o delinquente dos direitos civicos por dois a dez annos. O delinquente habitual, recolhido a uma casa de internação, ficará privado dos mesmos direitos por este ultimo prazo. O condemnado á prisão só incorre na dita privação, e pelo tempo de um a cinco annos, se o delicto denotar baixeza de caracter.

O individuo privado dos direitos civicos não póde tomar parte nas votações ou eleições publicas e não é elegivel. Além disso, fica inhibido de ser funccionario, autoridade, tutor ou testemunha instrumentaria. É-lhe defeso o serviço no exercito.

Quanto á destituição: é ella imposta áquelle que se mostra indigno da funcção que desempenha e tem como consequencia a inelegibilidade, por espaço de dois a dez annos. Essa pena produzirá seus effeitos a começar do dia em que a sentença transitar em julgado. Para o funccionario condemnado a uma pena privativa da liberdade, a duração da inelegibilidade decorrerá no dia em que elle obtiver soltura definitiva.

Permitte o projecto que o juiz decrete a perda do poder paterno ou da tutela contra quem, condemnado, por delicto, a uma privação da liberdade, tenha infringido os deveres de pae ou tutor. Poderá o juiz declará-lo incapaz de exercer o patrio poder ou a tutela.

No caso de delicto commettido no exercicio de uma profissão, industria ou commercio, quando o delinquente haja sido condemnado, por motivo desse delicto, a uma pena privativa da liberdade superior a tres mezes, poderá o juiz, se fôr de receiar novo abuso, interdictar-lhe o exercicio da profissão, industria ou commercio, pelo prazo de um a cinco annos. Esta disposição é inappli-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

cavel aos delictos praticados por meio da imprensa periodica. A interdicção produzirá seus effeitos do dia em que passar em julgado a sentença. Sua duração, porém, não se iniciará senão em seguida á soltura definitiva.

O projecto attribue a essa interdicção a natureza de pena accessoria. Na verdade, entretanto, ella não passa de medida de segurança. Isso se conclue, evidentemente, do requisito da periculosidade *pro futuro.* [13]).

O projecto checo-eslovaco tambem acolhe como pena accessoria a privação dos direitos civicos honorificos. O conceito de taes direitos é bastante amplo, abrangendo os gráus academicos e as profissões que delles dependem. Só com consentimento do tribunal de tutelas póde a pessôa privada desses direitos exercer o poder paterno e tutorio.

A condemnação á pena de reclusão por um anno, no minimo, traz comsigo, obrigatoriamente, a sujeição á perda dos direitos civicos honorificos pelo dobro do tempo, nunca menos de tres annos e mais de dez. Se a condemnação fôr de menos de um anno, a applicação da pena accessoria ficará ao arbitrio do tribunal.

O tempo da perda dos direitos poderá ser encurtado, a pedido do condemnado, conforme o procedimento que este tiver tido e se elle houver reparado, tanto quanto possivel, o damno causado pelo delicto.

Expressamente dispõe o projecto que o individuo condemnado a uma pena privativa da liberdade ou á internação em um estabelecimento de segurança não poderá, durante o periodo em que estiver preso ou internado, exercer os direitos civicos honorificos, embora a sentença delles não cogite. Em caso de livramento condicional,

---

13) Exner, *Theorie d. Sicherungsmittel,* pag. 101.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

só depois da decisão que houver a pena como cumprida, poderá o condemnado exercer os referidos direitos.

A reclusão, no systema desse projecto, é pena reservada aos crimes que se inspiram em motivos vís. Por isso é que se lhe annexa a privação dos direitos civicos honorificos. Nos crimes contra a Republica e contra a vontade popular, comquanto elles possam provir de sentimentos dignos, tambem se applica essa privação.

A perda do exercicio de uma industria ou profissão figura entre as medidas de segurança (§ 60). Estende-se de um a cinco annos; e póde tambem ser abreviada, nas mesmas condições, já apontadas, da pena accessoria da perda de direitos civicos honorificos.

Do exposto se vê que esse projecto, pelo menos neste ponto, merece ser qualificado como um dos mais adeantados e perfeitos na materia.

O ultimo ante-projecto de revisão do codigo francês (1932) enveredou pelo bom caminho, conceituando como medida de segurança a privação do exercicio de uma industria ou profissão. Essa privação, dependente da circumstancia de offerecer o condemnado perigo para a segurança publica, é, em regra, temporaria; mas torna-se perpetua, no caso de reincidencia em crime da mesma natureza. Toda infracção dessa medida é punida com prisão por um mez a um anno.

Conserva o ante-projecto a pena infamante de degradação civica. E a declara applicavel, com caracter principal, isoladamente ou acompanhada de prisão por um a cinco annos. A degradação consiste: *a)* na destituição de todas as funcções, empregos ou officios publicos; e *b)* na privação do direito de voto, de eleição, e de todos os direitos civicos honorificos. Além disso é facultado ao juiz impôr, mediante decisão expressa, as seguintes incapacidades: *a)* de ser o condemnado perito

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

ou testemunha em actos; *b)* de fazer parte de algum conselho de familia, de ser tutor ou curador, salvo dos proprios filhos e com assentimento do respectivo conselho; *c)* do direito de usar armas *(port d'armes)*, de ter escola ou ensinar e de ser empregado em algum estabelecimento de instrucção, como professor, director *(maître)* ou vigilante.

O individuo condemnado á pena de trabalho forçados, de deportação, detenção ou reclusão ficará, durante a execução, em estado de tutela legal. Seus bens serão administrados por um tutor.

O ante-projecto a que nos referimos modifica sensivelmente, o instituto da degradação civica. Prudente, como se mostra, em todas as innovações, não se abalançou a levar a cabo uma reforma radical. Aliás, outros povos, menos misoneistas, ainda não se animaram a perfilhar a idéa de que a privação do exercicio de uma profissão, industria ou arte não deve ser organizada como pena, principal ou accessoria, mas como medida de segurança. Neste particular, o ante-projecto se emparelha com os codigos e projectos mais adeantados.

Infelizmente, egual elogio não se póde tributar ao projecto brasileiro (Sá Pereira, revisto). Nelle encontramos a interdicção (perda ou suspensão) do exercicio de arte, industria ou profissão como pena accessoria (arts. 51, I, e 91). E' um ponto de vista antiquado e incorrecto. Aliás não é esse o unico defeito do projecto.[14]).

---

14) A interdicção, segundo o projecto, é absoluta ou relativa. A distincção, porém, não se apresenta com a necessaria clareza. Não se percebe bem o que se quiz dizer com a expressão — interdicção absoluta. Dessa especie é a em que incorre o funccionario que lesar ou tentar lesar a Fazenda Publica ou particular (art. 87). Uma protecção especial aos bens do Estado talvez se possa explicar; mas estendê-la á "fazenda particular "é cousa que se nos afigura exorbitante.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Como resultado do exame, superficial embora, que fizemos das mais modernas legislações, vigentes ou em elaboração, podemos formular a seguinte these: innegavel é a tendencia a limitar, tanto quanto possivel, ou a abolir as penas privativas de direitos. A evolução se vae operando lentamente, no sentido de transformá-las em medidas de segurança, applicaveis facultativamente, quando necessarias ou convenientes.[15]).

II. — O primeiro effeito da interdicção, segundo o art. que commentamos, é a suspensão de todos os direitos politicos. Taes se dizem os de que o individuo gosa como membro da collectividade politica de um Estado. A citadania é condição fundamental desses direitos. Elles se suspendem, diz o art. 110 da Constituição de 1934, pela condemnação criminal, emquanto durarem os seus effeitos.

III. — O segundo effeito é a perda de todo officio ou emprego publico e das respectivas vantagens. O officio ou emprego publico póde ser electivo ou de nomeação, temporario ou vitalicio, federal ou estadual (inclusive municipal). Perde o condemnado, além do officio ou emprego, todas as vantagens que o mesmo lhe proporcionava. Essas vantagens são de diversas naturezas. A primeira dellas é a percepção de estipendio (ordenados, gratificações, emolumentos). Vem em seguida o direito á aposentadoria. Com relação ao monte-pio, a opinião corrente é que elle não fica abrangido, attenta a sua finalidade, que é amparar o futuro das familias dos servidores do Estado, quando elles fallecerem ou ficarem

---

15) Marcuse, na dissertação já citada, assignalou essa tendencia (pag. 24), que aos poucos se vae accentuando.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

impossibilitados de sustentá-las decentemente (dec. n.º 942, A, de 31 de outubro de 1890).[16]).

Se o funccionario pertencer á categoria dos aposentados, deixará de receber os vencimentos de sua aposentadoria.

A perda do officio ou emprego não impede que o condemnado, cumprida a pena, adquira outro, egual ou differente. Exceptuam-se os casos especiaes em que a lei prescreve a inhabilitação futura. O emprego ou officio deve ser de nosso paîs, embora a séde esteja no estrangeiro. A condemnação não tem influencia juridica sobre o emprego ou officio estrangeiro, ainda que exercido no Brasil.[17]). O perdão da pena privativa da liberdade não importa, só por si, o dos effeitos da condemnação.[18]).

IV. — O terceiro effeito da interdicção é a perda de todas as dignidades, condecorações e distincções honorificas. A Constituição de 1891 (art. 72, § 2.º) extinguiu as ordens honorificas existentes, e todas as suas prerogativas e regalias, bem como os titulos nobliarchicos e de Conselho. Ficou assim muito restricta a efficacia da interdicção no tocante ao assumpto. Sómente poucas distincções honorificas (como, por exemplo, os

---

16) Galdino Siqueira, *ob. cit.*, 603. No mesmo sentido, Bento de Faria, Macedo Soares e outros. O codigo penal da armada (art. 50) diz *expressis verbis* que a pena de demissão não privará do montepio. Variam as legislações a respeito. A argentina inclue na interdicção absoluta a perda de "toda jubilación, pensión o goce de montepio"; mas accrescenta: "Si el penado tuviera esposa, hijos menores, de cualquier clase, o padre anciano y desvalido, corresponderá a estos el importe de la jubilación. pensión o goce de montepio (art. 19, 4.º)". O projecto brasileiro resalva o montepio (art. 86).

17) Frank, *ob. cit.*, § 31, II, *in fine*.

18) Garçon, *Code pénal*, art. 28, n. 8; Chaveau et Helie, *Theorie*, I, 167; Frank, *ob. cit.*, § 31, I.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

titulos que designam certos cargos de elevada graduação), não abolida pela lei basica, continuaram a constituir objecto dessa pena.[19]). A Constituição de 1934 não reproduziu o dispositivo do § 2.º do art. 72 da anterior.

Os titulos honorificos e nobliarchicos estrangeiros (conde papalino, cavalheiro official, etc.) não são abrangidos pela interdicção. No regime da chamada primeira republica, o brasileiro que os acceitava perdia os direitos politicos. No da segunda, isso só se dá, se a acceitação importa restricção de direitos ou deveres para com a Republica (art. 111, c.).

V. — O quarto e derradeiro effeito da interdicção é a perda de todos os munus publicos. Munus publicos é o encargo dado pela lei ou pela autoridade competente para o desempenho de determinadas funcções, consideradas de interesse publico. A tutela e a curatela são exemplos typicos de *munera publica.*[20]). Os syndicos nas fallencias, os peritos nos processos judiciaes, os commissarios de vigilancia, voluntarios e gratuitos, no juizo de menores, etc. tambem exercem encargos dessa ordem. A obrigatoriedade não é condição essencial de taes encargos.[20-a]). Nem tão pouco a gratuidade.

---

19) No numero das distincções susceptiveis de perda êstão os graus academicos? Negativamente responde J. Cabral, *Sciencia penitenciaria*, pag. 341, n.1. A jurisprudencia allemã comprehende nas "dignidades (*Wuerde*)" esses gráus (v. Liszt.-Schmidt, *Lehrbuch*, § 65, n. 6). O codigo italiano actual, como o de 1889, positivamente declara que a interdicção produz a perda das dignidades academicas.

20) A' cerca dos *munera civilia seu publica* consultem-se, como curiosidade, as fontes romanas: L. 1, D. e L. 18, L, 4. Sobre a privação de direitos, como pena, entre os antigos e na edade media, excellente é o resumo de Meccaci, *Diritto penale*, II, pag. 445 e segs.

20-a) De opinião contraria parece ser Galdino Siqueira (*ob. cit.*, pag. 599).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

VI. — Embora não conste da lista organizada no art. 43, apparece no codigo, em alguns casos,[21]) como pena complementar, a privação, para o delinquente, da arte ou profissão que exercia. No art. 209 ella se nos apresenta apenas como pena principal; e no art. 160 § 2.º, como pena sem prazo determinado. No paragrapho unico do art. que commentamos, dispõe o codigo que a privação do exercicio de alguma arte ou profissão só produzirá seus effeitos depois de cumprida a pena corporal.[22]).

Já vimos que essa privação se nos antolha nos codigos e projectos de reforma comprehendida no conceito da interdicção. E' um dos casos desta.

O codigo italiano que vigorava em 1890 impunha a interdicção profissional, temporaria, *ope legis*, sempre que o crime fosse commettido com abuso de arte ou profissão, para cujo exercicio se exigisse habilitação especial ou licença da autoridade. Fóra dessa hypothese, a referida interdicção só se verificava, quando a lei expressamente a prescrevesse. Apesar da grande influencia que o modelo italiano exerceu na elaboração de nosso codigo, não conhece este a interdicção profissional senão em casos especiaes.

A respeito da privação da arte ou profissão, a melhor doutrina é a que a considera como simples medida de segurança ou garantia, extensivel a todas as artes ou profissões, mas empregada discretamente, ao prudente arbitrio do magistrado.

---

21) Examinem-se os arts. 152, § 2.º; 160, §§ 1 e 2.; 192, 209, 252, 285, § unico, 2.º; 300, § 2.º; 302 e 364, § unico.

22) O principio consignado neste paragrapho só se refere á privação do exercicio de alguma arte ou profissão. Entretanto, a sua significação era mais ampla: devia abranger outros casos de interdicção. Vejam-se: cod. norueguês, § 31; projecto suisso, art. 55; projecto allemão (1930), 347.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Sómente quando o exercicio da arte ou profissão offereça perigo para o individuo ou a collectividade e pelo tempo estrictamente necessario deve essa medida ser decretada. [23]).

Em seu art. 277, define o codigo o crime de lenocinio; e no paragrapho unico dispõe: "se este crime fôr commettido por ascedentes em relação a descendente, por tutor, curador ou pessôa encarregada da educação ou guarda de algum menor com relação a este; pelo marido em relação á sua propria mulher" a pena será de prisão cellular por dois a quatro annos. Em seguida accrescenta: "Além desta pena, e *da de interdicção em que incorrerão,* se imporá mais; ao pae e mãe, a perda de todos os direitos que a lei lhes concede sobre a pessôa e bens do descendente prostituido; ao tutor ou curador, a immediata destituição desse munus; á pessôa encarregada da educação do menor, a privação do direito de ensinar, dirigir ou ter parte em qualquer estabelecimento de instrucção e educação. Ao marido, a perda do poder marital, tendo logar a acção criminal, que prescreverá em

---

23) Nas discussões do projecto suisso, opinaram alguns dos peritos que a prohibição do exercicio de uma arte, industria ou profissão devia ser completamente abolida, a exemplo do projecto allemão. Outros se manifestaram pela permanencia dessa prohibição, mas circumscripta ás artes, industrias ou profissões dependentes, para o respectivo exercicio, de autorização ou licença (*Konzenssionierte Berufe und Gewerbe*), como no contra-projecto dos quatro professores. Uma terceira corrente se oppunha a esta limitação. Foi esta a opinião vencedora. O projecto considera a prohibição como pena. Mas com razão disse Gautier: "Le but que le législateur se propose ici, n'est pas de rendre la peine plus sensible, mais bien de donner au public une protection contre les manquements du devoir professionel dont il peut être menacé. Il s'agit donc, plutot que d'une aggravation de la peine, d'une mesure de sûreté (*Procés verbal,,* I, pag. 315)." Hafter (*Lehrbuch,* pag,. 319) escreve que uma opinião esclarecida não póde collocar a prohibição do exercicio de uma industria ou profissão no rol das penas. Em sentido opposto, mas sem argumentos convincentes: Kuntz, *Das Gewerbe und Berufsverbot,* já citado.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

tres meses, por queixa contra elle dada sómente pela mulher". [24]). Embora a pena privativa da liberdade não exceda de quatro annos, manda este dispositivo applicar a interdicção. A perda dos direitos mencionados no art. 55, sem qualquer restricção, no caso do lenocinio familiar nos parece excessiva.

O codigo civil patrio sujeita á perda do patrio poder o pae ou mãe que praticar actos contrarios á moral e aos bons costumes (art. 395, III). Suspende o exercicio desse poder, no caso de ser um ou outro condemnado, por sentença irrevogavel, em crime cuja pena não exceda de dois annos de prisão (art. 394, § unico). Permitte essa suspensão na hypothese de abuso do referido poder. Quanto á tutela, della exclue os condemnados por crime de furto, roubo, estellionato ou falsidade, tenham ou não cumprido a pena (art. 413, IV). Disposição similares se nos deparam nas legislações civis dos povos cultos. A tendencia moderna é para, em se tratando de acções criminosas, dar ao respectivo juiz competencia para decretar as medidas de segurança necessarias.

---

24) Sobre as penas privativas de direitos (interdicção penal) extensa é a bibliographia estrangeira, principalmente allemã e italiana. Indica-a U. Conti no escripto inserto na *Enciclopedia* de Pessina, vol. IV, pag. 514, n. 1. Entre as obras antigas merece especial indicação a de Mecacci, *Il dir. pen. nei suoi rapporti colla capacità giuridica dei condannati*, Roma, 1873, sobretudo na parte II, cap. II. Literatura mais recente em Hafter, *Lehrbuch*, §§ 66, 67 e 68.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 56 — A pena de perda de emprego importa necessariamente a de todos os serviços e vantagens.

I. — Nas malversações e abusos commetidos por funccionarios publicos, nos chamados crimes funccionaes, applica o codigo, [1]), como pena, a perda do emprego. No artigo supra se declara que ella importa necessariamente

---

1) A lei n.º 38, de 4 de abril de 1935 (lei de segurança) pune com perda do emprego os funccionarios publicos que cessarem collectivamente, contra a lei ou regulamento, os serviços a seu cargo (art. 8.º). A pena é absolutamente determinada e em muitos casos se fará sentir como excessiva e injusta. O codigo italiano de 1889 previa, no art. 181, o crime de abandono indebito do officio, mediante previo accordo, por parte de officiaes publicos. em numero de três ou mais, e o punia com multa (500 a 3.000 liras) e interdicção temporaria. O actual alterou, em varios pontos, essa figura criminosa: alargou grandemente o circulo dos agentes ou sujeitos activos; dispensou o elemento de accordo precedente; contentou-se com uma solidariedade, ainda que imprevista e expontanea; e estabeleceu como pena a reclusão até dois annos. Essa pena, relativamente aos chefes (cabeças), promotores ou organizadores, foi fixada em dois annos, no minimo, e cinco em o maximo. O facto, se praticado com objectivo politico ou se acompanhado de demonstrações, tumultos ou commoções populares, é punido mais gravemente. Previu o novo codigo o chamado obstruccionismo, que consiste em prestar o serviço de modo a perturbar-lhe a continuidade ou regularidade. O legislador brasileiro, ao redigir o art. 8.º da lei de segurança, teve como modelo o referido codigo; mas não foi nada feliz na imitação.

Entre as legislações que conhecem o crime de abandono collectivo do emprego publico se acha a turca. O § 236 do codigo de 1926, copiado do italiano então em vigor, fixa em tres ou mais o numero dos agentes e exige accordo antecedente. A pena é pecuniaria, com incapacidade temporanea para o exercicio do em-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

a de todos os serviços e vantagens.[2]). Os serviços prestados constituem condições para a obtenção de certos favores ou direitos. Delles depende, por exemplo, a aposentadoria. E tambem ás vezes o aumento dos estipendios e os acessos na carreira. Quer dizer, pois, que, perdido o emprego, não póde o condemnado invocar em seu beneficio os serviços anteriormente prestados. Elles ficam igualmente perdidos. Todas as vantagens que se ligam ao exercicio do emprego — percepção de vencimentos e outras mais — têm a mesma sorte. Deixa o condemnado de auferí-las. Assás importante são, como se vê, os effeitos patrimoniaes dessa pena.

---

prego ou cargo. Se o facto produziu damno para o governo, a pena será de prisão de tres mezes a cinco annos.

A *gréve* dos funccionarios publicos apparece tambem definida como crime no projecto grego (art. 260). A penalidade é prisão, que vae de tres dias a cinco annos (art. 26). Relativamnte á Allemanha, leia-se A. Elster, *Handwoerterbuch der Rechtsw.*, s. v. *Streikrecht.* O futuro codigo penal allemão conterá a figura criminosa da "recusa de trabalho por parte de empregados publicos (*Arbeitsverweigerung durch Amtstraeger*). A pena será tambem prisão. Guertner, *Das kommende deut. Strafrecht,* II, pag. 319. O codigo mexicano (1929) regula, nos arts. 579 a 581 a "coalición de funcionarios". As penalidades variam conforme os casos.

Pela nossa lei, o elemento material do crime consiste na cessação collectiva do serviço. E' bastante um procedimento meramente passivo (*sciopero bianco*). A cessação não precisa ser definitiva. O adverbio "collectivamente" traduz a idéa de uma actividade como um unico acto commum. Assim é elle interpretado no codigo de onde o legislador patrio o mutuou (N. Levi, *Delitti contro la pub. amministrazione,* pag. 375; G. Sabatini, *Il cod. pen. illustrato,* sob a direcção de U. Conti, II, pag. 347, explica — "con intesa comune e como attuazione di comune volontà"). O obstruccionismo não se comprehende no dispositivo de nossa lei.

2) O codigo do imperio dispunha, na primeira parte do art. 59: "A pena de perda do emprego importará a perda de todos os serviços que os reus houverem prestado nelle". Isso pareceu exagerado a um dos antigos commentadores. O legislador de 1890 alterou a redacção, intercallando um adverbio superfluo e accrescentando um substantivo — vantagens — de utilidade duvidosa. A perda das vantagens estava implicita na do emprego.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

II. — Como notamos, ao commentar o art. 43, a pena de perda do emprego póde ser com ou sem inhabilitação para exercer outro. Casos da primeira especie se encontram nos arts. 207, 214, 215, 216, 217 e 238. Nestes dispositivos, com excepção do ultimo, não se marca prazo á inhabilitação. Esta é por toda vida. No art. 238 (irregularidade de comportamento) a inhabilitação perdura emquanto o delinquente não se mostra corrigido. Casos de perda do emprego simplesmente, isto é, sem que fique o condemnado inhibido de obter outro, se nos deparam nos arts. 232 e 236. O dec. n.º 4.780, de 27 de dezembro de 1923, commina, para o crime de peculato, além da prisão cellular e da multa, a perda do emprego com inhabilitação para exercer outra qualquer funcção publica, inhabilitação que varía de 8 a 20 annos.

III. — A perda do emprego, desacompanhada de incapacidade, perpetua ou temporaria, para exercer outro é censurada por Galdino Siqueira. Allega elle que regras de decoro e moralidade publica exigiam sempre a inhabilitação ou, pelo menos, o preenchimento de certas condições para o provimento em novo cargo. [3]). A observação é até certo ponto justa. As condições a que allude o illustre criminalista podem outras leis imporem-nas.

A tendencia moderna é para excluir a perda do emprego do dominio do direito punitivo e collocá-la no systema das medidas de segurança. [4]). Alguns opinam que ella deve ficar na esphera do direito disciplinar. [5]).

---

3) *Direito penal brasileiro*, I, pag. 601.

4) Hafter, *Lehrbuch*, pag. 318.

5) Waschinger, *Vergleichende Darstellung*, B. T., IX. pag. 289.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 57 — A pena de suspensão do emprego privará o condemnado de todos os seus empregos durante o tempo da suspensão, no qual não poderá ser nomeado para outros, salvo sendo de eleição popular.

I. — A pena de suspensão do emprego — diz o artigo supra, reproduzindo o que dispunha o codigo da monarchia (art. 58) — privará o condemnado do exercicio de todos os seus empregos e o impedirá de ser nomeado, durante a suspensão, para outro qualquer, menos de eleição popular. Com esta pena não devem ser confundidas a suspensão administrativa a que se refere o art. 60 deste codigo e a que é effeito immediato da pronuncia, no processo criminal. Nem tão pouco a suspensão disciplinar. A excepção constante da clausula final do dispositivo foi implicitamente derogada pelo art. 71, § 1.º da Constituição de 1891. A de 1934 continuava a dar á condemnação criminal o effeito de suspender os direitos politicos do condemnado; conseguintemente de torná-lo inelegivel.

II. — Em não poucos casos commina o codigo a pena de suspensão, como se póde verificar nos arts. 192, 211, 219, 225, 226, 228, 230, 231, 233 e 235. Em nenhum delles excede de tres annos. No hypothese do art. 225 tem a suspensão duração de certo modo indeterminada — "até satisfazer (o réu) as condições exigidas".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A demissão do empregado ou funccionario não extingue essa pena, porque ella abrange diversos effeitos. [1]. A questão foi suscitada no regime do codigo de 1830. No Conselho de Estado e no Supremo Tribunal Federal prevaleceu a interpretação que adoptamos. [2].

III. — A suspensão do emprego apparece como pena em varias legislações. Outras não a mencionam. Esta diversidade se observa nas codificações cantonaes da Suissa. O projecto de codigo unico desconhece essa especie de pena. Diz muito bem o insigne criminalista Hafter que, como medida disciplinar, a suspensão se justifica, mas, como pena, não. [3].

---

1) Thomaz Alves, *Annotações theoricas e praticas ao cod. crim.*, I, pag. 612.

2) Aviso de 12 de abril de 1872.

3) *Lehrbuch d. schw. Strafr.*, pag. 318.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 58 — A pena de multa consiste no pagamento ao Thesouro Federal ou dos Estados, segundo a competencia respectiva, de uma somma pecuniaria, que será regulada pelo que o condemnado puder ganhar em cada dia por seus bens, emprego, industria ou trabalho.

Art. 59 — Se o condemnado não tiver meios para pagar a multa, ou não a quizer pagar dentro de oito dias, contados da intimação judicial, será convertida em prisão cellular, conforme se liquidar.

§ unico — A conversão da multa em prisão ficará sem effeito, se o criminoso, ou alguem por elle, satisfizer ou prestar fiança idonea ao pagamento da mesma.

I. — A multa é a obrigação, [1]), imposta como pena, de pagar uma certa somma de dinheiro. Póde ser civil ou criminal. Esta se caracteriza sobretudo pela sua finalidade. Comminando-a, o que a lei collima é infligir ao delinquente uma privação, um soffrimento, com os mesmos objectivos das outras penas, nomeadamente com o de demovê-lo e aos demais membros da collectividade

1) Assim a caracterizam o codigo mexicano e o projecto cubano (Ortiz). E mui exactamente. A multa não consiste no pagamento; este é a sua *execução*. Com razão escreve Cuche: "l'amende consiste essentiellement dans l'obligation de verser, *à titre de peine*, une certaine somme d'argent dans une caissé publique (*Traité de science pénitentiaire*, n. 58)".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

da pratica, dolosa ou meramente culposa, de outros crimes.

Esse sacrificio pecuniario é, porém, mais ou menos sensivel, conforme a situação economica do condemnado. Para que o mal da pena de multa possa ferir com egualdade (e disso depende a sua efficacia) o individuo que possue bens e o que os não tem, mistér se faz attender ás condições patrimoniaes de cada um. E' necessario individualizar a pena.

Constitue este um dos problemas que mais têm atormentado os criminalistas e penologos. Já alguns dentre elles desesperaram de encontrar uma solução satisfatoria. [2]).

O codigo criminal de 1830 adoptou como criterio para a proporcionalidade da multa a renda diaria do condemnado pelos seus bens, emprego ou industria. Esse principio foi considerado por Chauveau et Hélie como capaz de resolver a questão da proporcionalidade das

---

2) O moderno codigo italiano não acolheu o principio da individualização da pena de multa pelo criterio da situação economica do condemnado. Eis como, em seu relatorio ao projecto definitivo, explicou o ministro Rocco o ponto de vista que preferiu: "il Progetto non accoglie il sistema di commisurare, in via di principio, la pena pecuniaria alle condizioni economiche del condannato, como pure si dispone in qualche legislazione e in taluni Progetti stranieri: sistema che logicamente condurrebbe a non applicare le pene pecuniarie ai non abbienti. Tale sistema ho respinto, non tanto perchè facili sarebbero le dissimulazioni e le frodi, e malsicure e complesse le indagini dirette ad accertare le reali condizioni economiche del colpevole, quanto in considerazione del carattere estrinseco del criterio cui esso s'informa: onde la pena non si fonderebbe già sulla gravità dell'illecito giuridico, o sulla particolare pericolosità del colpevole, ma su di una condizione accidentale, variabile e scarsamente idonea a operare in funzione di coazione psicologica, per gli effetti della prevenzione generale. Sostanzialmente, un siffatto criterio evvicinerebbe il sistema delle pena a un ordinamento tributario, fondato sulla proporzionabilitá degli oneri al patrimonio e al reddito delle persone; e anche sotto tale aspetto segnerebbe una vera deformazione del concetto della pena. Portanto, ho mantenuto il rapporto oggettivo fra la pena pecuniaria e la gravità del reato:

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

multas, se applicado fielmente. Mas elles mesmos puzeram em duvida que os tribunaes tivessem meios de calcular com exactidão os rendimentos de cada delinquente. [3]).

De dois processos se serviu o legislador do imperio ao estabelecer, na parte especial, a pena de multa: em varios casos, a fixou em correspondencia com uma parte, maior ou menor, da pena privativa da liberdade, em outros, em uma porcentagem, relativamente determinada, sobre o valor do objeto do delicto ou do damno causado. Assim, como exemplo, no art. 125, primeira parte, estabeleceu as penas de prisão com trabalho por dois a seis annos e de multa *correspondente á metade do tempo.* Para o crime do art. 178, as de prisão com trabalho por dois meses a quatro annos e de multa de *cinco a vinte por cento do valor do damno causado.* Sómente nos casos da primeira especie tinha applicação o principio de renda diaria do condemnado.

O codigo actual conservou o mencionado criterio; mas, na parte especial, nenhuma vez applicou a multa em correspondencia com o tempo da pena privativa da liberdade. Tornou-se o mesmo verdadeira inutilidade. [4]). Presentemente, em nosso país, a pena de multa não mantém

---

rapporto che non è contraddetto dalle pene pecuniarie proporzionali, anche accolte dal Progetto. E soltanto, in considerazione dei fini della prevenzione speciale, ho creduto temperare il sistema, consentendo al giudice di tener conto delle condizioni economiche del colpevole, non per abbassare le pene pecuniarie al di sotto dei minimi, ma soltanto per elevarlo oltre i massimi. Le condizioni economiche, infatti, quando si discostino troppo da un limite medio, possono rendere del tutto inefficace la pena, vuotandola di ogni energia afflitiva e intimidatrice, anche se applicata nel massimo; a tali considerazioni ho coordinato il potere discrezionale del giudice (*Lavori preparatori del cod. penale,* vol. V, parte 1.ª, pag. 72)".

3) *Théorie du code pénal,* I, n. 282: "La base est juste; mais elle ne suffit pas; il aurait fallu y joindre les moyens d'en faire une exacte application".

4) Galdino Siqueira, *Cod. pen. brasileiro,* I, pag. 609.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

a indispensavel proporcionalidade com as condições economicas do condemnado: póde ser illusoria para o rico e esmagadora para o pobre.

Mais adiante veremos o que se tem proposto nas excogitações scientificas e o que se tem acceitado nas legislações e nos projectos de reforma ácerca desta ardua materia.

Menos profusamente do que no regime anterior, é a multa empregada no codigo vigente em bastantes casos, na grande maioria delles como pena accessoria ou complementar da de prisão cellular. Poucas vezes encontramo-la unida a outra pena que não essa (assim nos arts. 160 e 194) ou sósinha (como nos arts. 159, 311 e 323).

A pena de multa se recommenda principalmente nos crimes que têm ou costumam ter como motivo gerador a cupidez, o animo de lucro, o interesse patrimonial. Emprega-a sempre o codigo em seus titulos XII e XIII. Nos delictos de somenos gravidade, constitue ella o meio mais adequado e conveniente de repressão. Não humilha ou rebaixa. E' extremamente divisivel e absolutamente reparavel. [5]).

Acontece frequentemente que o individuo condemnado ao pagamento de uma multa não possue os recursos para isso necessarios ou se recusa a cumprir a obrigação. Manda o codigo converter a multa em prisão cellular, se o multado, dentro de oito dias, após intimação judicial, não effectúa o pagamento. E accrescenta — conforme se liquidar.

Explicava o codigo de 1830 como essa liquidação devia ser realizada: o multado seria condemnado em tanto

---

5) A multa tem sobre a prisão a vantagem de não tirar o condemnado á sua familia, á sua vida normal; e de evitar o perigo de uma contaminação reciproca. E não é só. Ao envez das penas privativas de liberdade, não causa despezas ao Estado. Com a cellula o condemnado se habitua (*cella dulcessit*), com o pagamento não (D. de Vabres, *La justice pénale*, pag. 80). Veja-se a proposito das excellencias da pena pecuniaria, muito bem, Cuche, *ob. cit.*, pag. 213 e segs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

tempo de prisão quanto fosse necessario para ganhar a importancia da multa. Esse esclarecimento foi omittido no codigo actual. A jurisprudencia, porém, não trepidou em applicar a antiga regra. O processo da liquidação ou conversão continuou a ser o estabelecido no reg. n.º 120, de 31 de janeiro de 1842, dec. n.º 595, de 18 de março de 1849 e dec. n.º 1.696, de 15 de setembro de 1869. Era o adoptado na justiça federal (Candido de Oliveira, *Nova Consolidação*, parte seg., tit. VII) e nos codigos processuaes dos Estados (Bahia, art. 2.024 e segs.; Matto-Grosso, art. 2.742 e segs., etc.). O prazo de oito dias, concedido para o pagamento da multa, era, para quem não possuisse meios ou não os tivesse á mão, demasiadamente curto.

Segundo o paragrapho unico do art. 59, a conversão ficava sem effeito se o criminoso satisfazia a multa ou prestava fiança. Permittia esse dispositivo, com identico resultado, que um terceiro pagasse ou prestasse fiança. Semelhante permissão só se explicava por um imperdoavel esquecimento do verdadeiro caracter da pena. Esta, por sua natureza personalissima, não tolera que outrem senão o criminoso a soffra ou cumpra.[6]). E' por essa razão que a multa, embora constante de uma sentença com transito em julgado, não póde passar aos herdeiros do multado.[7]). E' por essa razão que não existe solida-

6) Os escriptores allemães, em sua grande maioria, qualificam como crime de favorecimento (*Beguenstigung*) o facto de pagar um terceiro, pelo condemnado, a pena pecuniaria. Binding (*Lehrbuch*, II, 651, Frank, *Das Strafgesetzbuch*, § 257, V. a. e outros fazem distincções. A questão é impossivel deante de nosso defeituosissimo codigo. O projecto Sá Pereira (revisto) não acolhe a figura do favorecimento sinão como asylo a criminoso (art. 361). E' uma concepção lacunosa e assás imperfeita desse delicto.

7) No direito francês é tradicionalmente reconhecida a responsabilidade da herança pela condemnação pecuniaria (multa) irrevogavelmente imposta. Contra: Labbé, *L'amende pénale et amende fiscale*, 1894, pag. 41; Garraud, *Traité*, II, 629; Roux, *Cours*, pag. 334, n.1. Na Suissa, a maioria dos codigos cantonaes declara *expressis verbis* que a pena de multa, passada em julga-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

do durante a vida do condemnado, póde ser executada contra a herança ou contra os herdeiros (Zuerich, § 51, II; Berne, art. 26,etc.). Lucerna e Obwalden permittem a execução, ainda que a pena não haja transitado em cousa julgada. A doutrina, nesse país, combate a hereditariedade da multa. Stooss escreveu a respeito luminosa pagina (*Grundzuege*, I, 428). No mesmo sentido: Hess, *Die Busse in schw Strafr.*, pag. 100; Hafter, *Lehrbuch*, pag. 285. O projecto de codigo unico esposou a these verdadeiramente scientifica, declarando: "L'ammende est éteinte par la mort du condamné". Na Belgica, a morte do condemnado extingue, não só as penas privativas da liberdade, mas tambem a multa. Entretanto, esta regra não é absoluta: não se applica á multa puramete fiscal (Nipels-Servais, *Le code pén. interp.*, art. 86; Haus, *Principes*, n. 982). Em Portugal, positivamente preceitua o codigo penal, no art. 122, § 3.º: "A obrigação de pagar a multa passa aos herdeiros do condemnado, se em vida deste a sentença de condemnação tiver passado em julgado". Na Italia, o art. 85, al. 2.ª do codigo Zanardelli dispunha que a morte do condemnado extinguia a condemnação "anche alla pena pecuniaria". O codigo fascista não reproduziu a citada alinea, mas o principio continúa a ser o mesmo (Rivva-Palazzi e Carlo della Veneria, *Compendio di dir. penale*, pag. 129). Na Allemanha, o § 30 do codigo penal perfilha a doutrina da transmissibilidade hereditaria da pena de multa. Os projectos de reforma, escutando as numerosas criticas feitas e esse dispositivo, abraçaram o principio opposto. No direito austriaco se admitte a execução da pena de multa passada em julgado contra o espolio do *de cujus*. O projecto de 1912 (§ 28, 2) conservou esse principio, apezar de sua erronia. Dos codigos sul-americanos merece ser lembrado o peruano. Elle declara de modo terminante: "La multa se extingue por muerte del condenado".

Em nosso país, falta-nos um texto de lei que dissipe a duvida. O aviso de 22 de agosto de 1864 reconheceu que as multas, ainda nas materias especiaes, tinham caracter pessoal e, conseguintemente, se extinguiam *ipso jure* pela morte do transgressor; mas accrescentou — quando esta occorresse antes de proferida a condemnação. Disse esse aviso que, para ser passivamente transferivel aos herdeiros, a responsabilidade por taes penas, era mistér que em vida do transgressor a condemnação houvesse adquirido força de cousa julgada. Estas idéas foram repetidas na decisão do Conselho de Fazenda de 2 de Outubro de 1900, inserta no *Diario Official*, da União, de 26 de novembro do mesmo anno. Dos criminalistas patrios, manifestou-se favoravelmente á transmissão da responsabilidade pela multa o dr. Thomaz Alves (*Annotações*, I, 597); mas os seus argumentos são de extrema fragilidade. Muito bem o art. 57 do projecto Sá Pereira (revisto) estabelece que a multa se extingue com a morte do condemnado e não lhe onera a successão. O projecto checo-eslovaco, que tambem repelle a sobrevivencia da multa, exceptúa o caso em que esta é empregada, accessoriamente, nos crimes originarios de cupidez ou ambição, desde que a herança se haja enriquecida com o lucro do crime (§ 31). A exposição de motivos (pag. 58) procura justificar essa excepção. Não é a herança responsavel pela multa crimi-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

riedade entre os varios participantes de um crime punido com essa pena. [8]).

Nada estatuiu o codigo sobre o prazo da fiança. Cabia ao juiz, com o seu prudente arbitrio, fixá-lo, attendendo ás circumstancias.

A Constituição de 16 de julho de 1934, prescrevendo no n.º 30 do art. 113 — "não haverá prisão por dividas, *multas* ou custas", revogou tudo quanto se relacionava com a conversão da pena pecuniaria em prisão. [9]). Com a conversão ou substituição não se póde confundir o caso de alternatividade das duas penas — a pecuniaria e a privativa da liberdade, como se encontra, por exemplo, na lei da imprensa. [10]). Esta lei, quando impunha cumulativamente as duas especies de penas (arts. 10 e 18), mandava applicar ás multas o art. 59 da Consolidação das leis penaes (art. 59 do codigo). O preceito constitucional derogou a mencionada lei neste ponto.

---

nal no direito espanhol (Asúa, *Scuola positiva*, 1931, pag. 488), no turco (cod. pen. § 96), no dinamarquês (art. 52, 4), etc. Em identico sentido o proj. grego, art. 49. Dos escriptores que têm defendido o principio contrario nos contentaremos em citar, entre os allemãees, Bar, *Gezetz und Schuld*, III, pag. 370; e entre os italianos, Ferri, *Principii di dir. crim.*, pag. 698.

8) No direito francês (cod. pen., art. 55) vigora o principio de solidariedade. São unanimes as opiniões em censurá-lo. Elle não apparece nos projectos de reforma (1893 e 1932). A respeito do assumpto, entre os criminalistas nacionaes, veja-se Thomaz Alves, *ob. cit.*, pag. 594.

9) A disposição constitucional peccava por demasiado absoluta. Não havia razão para que a pena de multa não fosse convertida em prisão, se o condemnado deixasse de pagá-la unicamente por má vontade ou capricho. Poderia esse facto — a recusa deliberada ou proposital — ser arvorado em delicto punido com pena privativa da liberdade? A Carta constitucional de 10 de novembro de 1937 não manteve o dispositivo da de 34. Ficou, entretanto, em vigor o dispositivo da lei do Sello penitenciario a respeito.

10) A Suprema Côrte, em accordam recente, contra o voto do ministro Carvalho Mourão, considerou attingida pelo dispositivo constitucional a lei de imprensa.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

II. — Interessante o desenvolvimento historico da pena da multa. Especie das penas patrimoniaes (que comprehendiam e comprehendem tambem uma outra modalidade — a confiscação, hoje admittida com ambito assás restricto),[11]) a sua origem remonta á mais longinqua antiguidade. Durante largo transcurso de tempo, desempenhou ella, no systema penal dos povos, papel de maxima transcendencia.[12]). A começar da segunda metade do seculo XVI, vão as penas privativas da liberdade assumindo o predominio. Ellas chegam a se tornar quasi que unicas. Modernamente, porém, se teve de reconhecer que a multa, como meio punitivo, pelas suas qualidades, se impunha á mais ampla applicação: ella se prestava com vantagem a substituir as penas carcerarias de curta duração e, comminada a certas infracções, ia ferir exactamente o sentimento de que estas se originavam. Sómente um ou outro escriptor se mostrou inimigo desse

---

11) O confisco de todos os bens, presentes e futuros, do delinquente foi, em outros tempos, empregado como meio de punição, sobretudo nos delictos politicos. A consciencia juridica dos povos, mais esclarecida, repudiou essa barbara e immoralissima especie de castigo. O governo fascista pretendeu revivê-la; mas a proposta do projecto ministerial nesse sentido esbarrou deante da mais categorica opposição. O codigo teve de renunciar a acolhê-la. Egual repugnancia não encontrou ella na Allemanha nazista. Entre as bellezas do direito penal autoritario conta-se o restabelecimento do confisco geral (*die Einziehung des gesammten Vermoengens*). Essa pena applicar-se-á nos casos de trahição (*Hoch und Landesverrats*), especialmente contra os delinquentes que se ausentarem (Rietzch, em *Das komende Strafrecht*, I, pag. 142). Hoje só se tolera o confisco relativamente a determinados objectos. E procura-se despí-lo do caracter de pena, para imprimir-lhe o de medida de segurança. Pouco afortunado, o projecto brasileiro o inclue no numero das penas accessorias. E o regula de modo bastante criticavel.

12) Sobre a evolução da pena pecuniaria, consultem-se, *inter plures*, Meccaci, *Tratato di dir. penale*, II, pag. 416 e segs.; U. Conti, na *Enciclopedia*, de Pessina, IV, pag. 455; Neymarck, *La peine d'amende*, na *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1928, pag. 936 e segs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

meio de repressão. E' convicção geral, em nossos dias, que ella precisa ser organizada, intensiva e extensivamente, de modo mais perfeito. Innumeras e variadissimas têm sido as suggestões, as propostas nesse sentido. Algumas dentre ellas já encontraram consagração no direito positivo.

Para ser justa e efficiente, deve a pena de multa — como já dissemos — estar em relação com a situação economica do condemnado. E' este um postulado que quasi ninguem contesta.

As divergencias surgem quando se trata de verificar qual a melhor maneira de conseguir a almejada proporcionalidade. Propoz-se (fê-lo, por exemplo, Filangieri) [13]) que a multa consistisse, não em certa somma de dinheiro, mas em uma quota determinada do patrimonio do condemnado. A sciencia, porém, repelliu resolutamente semelhante alvitre. A multa, assim estabelecida, não passaria de um confisco parcial. Lembraram penologistas modernos que a medida da multa devia tomar como base quotas ou porcentagens da renda do condemnado. Mas muitas foram as objecções que a isso se levantaram. Ponderou-se, por exemplo, que rendas eguaes podiam representar valores muito differentes, conforme as condições pessoaes do respectivo titular. Assim, se este fosse solteiro, sem encargos, ou casado e pae de numerosa prole.

---

13) *Scienza della legislazione*, III, pag. 211: "Le pene pecuniarie non debbono determinare la quantità della multa, ma la porzione che si deve sottrare dalle fortune del reo. Colui, per esempio, che sarà convinto di aver commesso il tal delitto, sarà punito colla perdita della terza, quarta, o quinta parte dei suoi beni. Ecco come dovrebbe esprimersi il valore della pena, ed ecco come evaniscono le ragioni che si adducono contra l'uso delle pene pecuniarie". A idéa de fixar a pena de multa em um parte aliquota do patrimonio do condemnado é muito antiga : remonta a Platão (*De legibus*, II, 12). Patrocinou-a Bentham (*Oeuvres*, I, pag. 184). Mas está hoje fóra de discussão.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Observou-se mais que muitos delinquentes — a maioria, na realidade — não dispunham de renda alguma, que podesse ser tomada em consideração. E que não poucas pessôas viviam á custa de outras, sem economia propria. Na exposição de motivos do projecto norueguês se adduziu ainda mais o argumento de que o crime podia ser praticado por um estrangeiro, cujos bens se achassem fóra do país, o que tornaria impossivel ou sobremodo embaraçoso o calculo das rendas.

Estas e outras considerações, principalmente a das difficuldades da respectiva execução, levaram alguns codigos (*exempli gratia,* o norueguês) e projectos (entre os quaes os allemães) á rejeição da idéa proposta. O recente codigo da Polonia apenas dispõe que, ao fixar a multa, deve o juiz attender á situação material do condemnado (art. 56). O do Uruguay, ainda mais moderno, dá aos tribunaes a faculdade de aumentarem ou diminuirem a multa, "ajustándola a los bienes y recursos del delincuente (art. 83)".

O elemento da renda, como criterio para a determinação do *quantum* da multa, é adoptado por varias legislações. Acha-se nesse numero a portuguêsa, que assim preceitúa: "O condemnado em multa é obrigado a pagar para o Estado uma quantia proporcional ao seu rendimento, até tres annos, arbitrado na sentença, de modo, que por dia não seja menor de cem réis, nem exceda a dois mil réis, salvo nos casos em que a lei estabelecer quantias determinadas (Cod. pen., art. 67.º)". A fixação de limites á renda — cem réis no minimo e dois mil réis no maximo — tira ao principio acolhido — a proporcionalização da multa pela renda — quasi todo o seu valor.

Mais perfeita, a peruana diz: "Cuando la ley no disponga especialmente otra cosa, la pena de multa no será inferior á la renta probable del condenado en dos

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

dias ni mayor da la de tres meses. Se considerará como renta lo que obtuviere el condenado cada dia por sus bienes, empleo, industria ó trabajo. Cuando el condenado sin bienes, empleo ó industria, no ganase tampoco salario, se considerará como renta el salario normal (Codigo penal, art. 20)".

Sustentou o celebre criminalista suéco Thyrén que a multa não devia ter por base a renda do individuo, mas a sua capacidade de pagar.[14]). De accordo com este pensamento foi formulado o § 20 de seu ante-projecto, assim redigido (conforme a traducção espanhola): "Cuando alguno fuera condenado á una pena de multa, el Tribunal, atendiendo á la fortuna do condenado, renta, cargas domesticas y demás circunstancias que influen en la posibilidad de hacer efectivo el pago, fijará una certa cantidad, que se considerará como constitutiva de la exaccion que el multado puede sufrir por dia (*dagsbot*); la pena de multa condenará á una de estas exaciones (*dagsboeter*) como minimo y á docientas como máximum, cuando en la ley no se determina otra cosa". Em fevereiro de 1927, quando ministro da justiça, apresentou o citado criminalista um projecto especial sobre o assumpto, no qual o systema anterior era bastante modificado. Esse projecto foi repellido. Mais tarde, em dezembro de 1930, o governo suéco organizou outro projecto a respeito, afastando-se ainda mais do primitivo systema.[15])

Baseado no ante-projecto do insigne professor de Lund, a lei finlandêsa de 21 de maio de 1921 determinou que a pena de multa passasse a ser fixada em "dias-multa" e não mais em marcos. Em uma circular de 15

---

14) *Prinzipien einer Strafrechtsreform.*, pag. 76.

15) Leia-se a respeito Mittermaier, na *Monatsschrift*, de Aschaffenburg, 1931, pag. 108.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

de junho do mesmo anno, explicou a ministro da justiça que objectivo do systema dessa lei era tornar dependente o quantum da multa imposta, na especie, da capacidade de pagamento do condemnado. Esta capacidade é calculada sobre a base dos dados fornecidos pela parte civil ou pelo ministerio publico. Têm os tribunaes a faculdade de, ao tomar conhecimento das informações obtidas, decidir que se proceda a um inquerito supplementar, designando a pessôa que se encarregará dessa missão. A avaliação da renda média, diaria, do delinquente — renda effectiva ou provavel — não é feita, tendo-se em vista os dias que precederam immediatamente á prisão, mas um tempo mais longo. Em certas profissões, o anno anterior ao pagamento. Da renda se deduzem os encargos de familia e as dividas.

A reforma introduzida pela referida lei encontrou oppositores, entre os quaes a Côrte Suprema; mas está hoje em vigor na Finlandia. Segundo affirma uma autoridade no assumpto, "on est, semble-t-il, unanime à reconnaitre qu'une peine prononcée d'après ce système est un moyen nettement superieur à celui qu' offrait le système ancien dans la lutte contre la criminalité et pour la sécurité de l'ordre social". [16]).

Na Dinamarca, o systema dos "dias-multas", acolhido nos projectos anteriores ao de 1928, acabou sendo abandonado. O codigo de 1930 não o consagra (arts. 51 a 55). A razão principal que induziu o legislador dinamarquês a abster-se de fazê-lo foi a difficuldade de execução do novo systema. As multas não têm, nesse codigo, maximo prefixado; o minimo é de quatro corôas. Os

---

16) A. P. Arvelo, *Exposé du système des "Jours-amende" en Finlande*, no *Recueil de documents en matère pénale et pénitentiaire*, Berne, 1931, I, pag. 252.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

promotores do processo devem fornecer aos tribunaes as necessarias informações a respeito da capacidade de pagar do inculpado.

No Mexico, o codigo de 1929, já revogado, estabelecia como unidade da multa a "utilidade diaria". Toda multa — dispunha elle — se expressará por um multiplo desta unidade, nunca, porém, excedente de cem dias. A "utilidade diaria" era assim definida: "la cantidad que obtiene un individuo cada dia por salarios, sueldos, rentas, interés, emolumentos o por cualquier otro concepto (art. 84)". Previa o codigo as hypotheses de não ter o individuo trabalho ou rendas na época do crime, de viver á expensas de outrem e de ser vagabundo ou mendigo. E mandava attender, na fixação da multa, á conducta anterior dos delinquentes e á maior ou menor temibilidade por elles demonstrada na pratica do delicto (art. 83).

O projecto cubano de 1926 (Ortiz) define a multa como a obrigação, por parte do delinquente, de pagar ao Estado certa somma de dinheiro, não menor de meio peso, nem maior de vinte mil. E accrescenta: "La cuantia de la multa se fijará por cuotamultas, entendiéndose por cada una de éstas la cantidad máxima de exación pecuniaria sancional que el multado puede sufrir por dia, sin mengua de su sustento ni del de las personas civilmente a su cargo, según apreciación equitativa del tribunal, atendiendo a sus aptitudes para el trabajo, condiciones personales y sociales, proventos de toda classe que perciba y obligaciones familiares que satisfacer". A multa é dividida em menor (de uma a cem quota-multas) e maior (de cento e uma a mil). As "cuotamultas" são de dez categorias, conforme a escala que o projecto organiza.

Tambem o projecto checo-eslovaco deu acolhida á idéa do dia-multa, mas fê-lo de modo original. Elle

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

só applica esse systema quando o maximo ordinario de cem mil corôas não fôr sufficiente para abater o teor de vida do inculpado e fazê-lo sentir a pena. Então esta será applicada em dias-multa, entre sete dias e oito mezes. O calculo das rendas do condemnado será feito, tendo-se em vista os derradeiros tres annos. Todos os funccionarios encarregados da arrecadação dos impostos e de rendas são obrigados a ministrar aos tribunaes as necessarias informações.

Em nosso país, o projecto Sá Pereira regulou a pena de multa de accordo com o systema da renda diaria. A sub-commissão legislativa manteve esse ponto de vista. Merece que a transcrevamos essa interessante parte do projecto: "Art. 53. A multa consiste em certa quantia, que a sentença fixa e o condemnado paga ao Municipio, ao Estado ou á União. § 1.º Para applicá-la, tomará o juiz por ponto de partida uma unidade artificial, que será o dia-multa. § 2.º Na fixação do dia-multa, considerar-se-á toda a renda mensal ou annual do infractor, e della deduzir-se-á o que razoavelmente baste á sua manutenção e á da familia.[17]). A differença liquida restante será dividida por 30 ou por 365 dias, conforme se haja considerado a renda por mez ou por anno, e o quociente indicará o dia-multa.[18]). § 3.º Assim fixado o dia-multa, será o mesmo multiplicado por tantas unidades mil-réis — de um a duzentos — quantas parecer ao juiz correspon-

---

17) Este dispositivo desperta algumas duvidas. Porque não attender aos gastos reaes, mas, sim, aos *razoavelmente* arbitrados? Na phrase "o que baste para a sua manutenção e de sua familia" estão comprehendidas as despezas com o pagamento de dividas e onus que possam pesar sobre os bens do condemnado? A renda é a do ultimo anno? Do ultimo mez?

18) Varia o numero maximo dos "dias-multa". Na Finlandia é de 300; no Perú de 90. No projecto suéco é de 200 e no checo-eslovaco de 240 (oito mezes).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

derem á gravidade da infracção commettida, e o resultado exprimirá em moéda a multa applicavel. § 4.º Seja qual fôr esse montante, a multa, salvo o disposto no paragrapho seguinte, não passará de 30 contos de réis, [19]) nem descerá a menos de cinco mil réis. § 5.º Na reincidencia, não sendo substituida por pena mais grave, a multa será successivamente aumentada, a partir de dois, até attingir dez por cento da condemnação anterior. § 6.º O juiz requisitará as informações e procederá ás diligencias necessarias á verificação da renda do infractor, mas se absterá de medidas que impliquem devassa". Segundo o art. 55, não se executará a multa contra aquelle que não dispuzer de meios para a propria subsistencia e dos seus. Sobrevindo a solvencia, a multa será effectivada. Pelo § 2.º desse artigo, se, após a sentença, os recursos do condemnado sensivelmente diminuirem, poderá o juiz reduzir a multa. [20]). Permitte o projecto o pagamento em prestações, por prazo não excedente de um anno, ou mediante trabalho livre.

Em ordem chronologica, o ultimo projecto que acceita o systema suéco (como bem póde appellidar-se) é o que está sendo elaborado para a Allemanha nazista. Entendeu a commissão incumbida dessa tarefa (commissão que

---

19) O estabelecimento desse maximo não se harmoniza bem com o criterio acolhido para a individualisação da pena de multa. A logica mandava que (como no projecto suisso, 1918, art. 45) não se prefixasse qualquer limite. A quantia de trinta contos nos parece algum tanto baixa. Ella é maior nos mais recentes projectos. Neymarck, na memoria já citada, propõe o maximo de 50.000 francos suissos (ouro), o que representa importancia muito mais elevada do que a do nosso projecto. No moderno codigo italiano, a multa vae normalmente até 50.000 liras; mas, em casos extraordinarios, tem o juiz o poder de aumentar até tres vezes mais essa somma. No polaco, o maximo da multa póde attingir 200.000 zlotys (art. 42, § 1).

20) O preceito é justo, mas precisa soffrer uma restricção: a reducção não deve ser permittida, quando a diminuição de recursos fôr attribuivel á culpa (senso lato) do condemnado.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

conta em seu seio, como representantes da sciencia do direito criminal, Dahm, Gleispach, Kohlrausch, Mezger e Nagler) que a pena pecuniaria (*Geldstrafe*) havia tomado nos derradeiros annos demasiado desenvolvimento. Que ella era meio antipathico e pouco digno (*wenig wuerdiges*) de punição. Que, no futuro, convinha ameaçá-la e empregá-la mais parcamente. Que, na esphera de sua applicação, devia ella perder todo caracter plutocratico.

Reconheceu a commissão que, para tornar effectivo o principio da egualdade entre o pobre e o rico, o melhor meio era estabelecer uma medida que forçasse o juiz a examinar a capacidade de pagar (*Leistungsfaehigkeit*) do delinquente. Como medida adequada adoptou ella a *Tagesbusse*. Esta representa a quantia que o delinquente, dadas as suas condições pessôaes e economicas, póde satisfazer, em cada dia. A pena de multa será essa quantia ou um multiplo della. Ao fixar a pena, deverá o juiz, em primeiro logar, determinar o numero de *Tagesbusse* correspondente ao facto delictuoso e á culpabilidade do agente; em segundo, o *quantum* de cada *Tagesbusse*. Multiplicado esse *quantum* pelo referido numero, ter-se-á a pena a ser cumprida. O minimo dessa pena é uma unidade; o maximo não precisa ser prefixado. Na sentença, a importancia total do das quotas diarias (*der erkannten Tagesbussen*) deve ser expressa em marcos. A menor quantia é um marco.[21]).

O systema, bastante engenhoso, do dia-multa, apezar do favor com que em alguns países tem sido recebido, como vimos, ainda não passou do terreno das experiencias. São desconhecidos os seus resultados. A nós nos parece que, dada a tendencia hodierna de conceder aos juizes

---

21) *Das kommende deut. Strafrecht* cit., I, pag. 143 e segs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

largo arbitrio na medida das penas, póde a individualização da multa ser perfeitamente conseguida, sem necessidade desse systema.

Outra difficuldade, muito séria, na regulamentação da pena de multa é a que resulta da insolvabilidade da maior parte dos delinquentes. A solução que geralmente se adoptava e ainda se adopta era e é a transformação da multa em pena privativa da liberdade. A regra era — *qui non habet in aere luat in corpore.* Assim o art. 59 que commentamos manda converter a multa do delinquente sem meios ou renittente em prisão cellular.[22]).

Resurgem, com semelhante substituição, os inconvevenientes que se fizeram sentir no emprego das penas carcerarias, sobretudo quando de curta duração. Para obviar a esse mal, varias providencias têm sido alvitradas: a concessão de prazo, mais ou menos longo, para o pagamento da multa, o seu fraccionamento em prestações e a execução de trabalho livre, pelo condemnado, em logar da pena.

---

22) A substituição da pena de multa, no caso de impossibilidade de ser ella executada, por insolvencia ou má vontade do condemnado, pela de prisão é a regra na generalidade das legislações penaes: cod. hollandês, art. 23, al. 2; japonês, art. 18, al. 4; allemão, §§ 28 e 29; norueguês, art. 28, 3; português, art. 122, § 3; argentino, art. 21, al. 2; peruano, art. 24, etc. Costumam ellas estabelecer a duração maxima da pena substitutiva. Grande é a variedade a respeito. O peruano — exemplificando — marca o maximo de tres meses; o argentino, o de anno e meio; o italiano actual, o de tres annos de reclusão ou dois de arresto; etc. Dos projectos, o grego fixa esse limite em um anno; o francês (1932) em seis mezes; etc. No nosso direito, o maximo da prisão substitutiva era de tres annos(dec. n. 595, de 1849, art. 6.). Não acceitam o principio da substituição os codigos russos (sovieticos), o contra-projecto allemão dos quatro professores, e tres dos projectos suissos. Estes exemplos estão fadados, segundo tudo indica, a se propagarem. O principio da substituição — escreve Neymarck — envelhece e póde ser comparado, no que concerne á opportunidade de sua applicação pela politica criminal, ao instituto da morte civil, que, felizmente, pertence á historia (*Revue de de droit pén.* cit. pag. 1069).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A primeira destas medidas já figura em diversas legislações e apparece na maior parte dos projectos de reforma. Entre aquellas se acham a inglêsa, a norueguêsa, a argentina, a peruana, e outras mais. Entre os ultimos, os austriacos, os allemães (inclusive o nazista), o suisso, o grego, etc. Alguns desses projectos deixam ao prudente arbitrio dos tribunaes a delimitação do prazo. A maioria fixa-o desde logo, mas com grande variedade. O suisso falla em "un delai de payement de quatorze jours à trois mois". O sueco (1923) marca um anno. Este prazo parece o mais razoavel.

Devem ser excluidas desse favor algumas categorias de pessoas, como faz a legislação norueguêsa e propõem os projectos suissos? A resposta depende do caracter que se attribua á concessão de prazo. Se facultativa, não haverá necessidade de exclusão. Se obrigatoria, sim. [23]).

A segunda medida — a divisão da multa em fracções — está em vigor em diversos países (cod. norueguês, § 28; argentino, 21, ult. ali.; peruano, 23; espanhol de 1932, art. 93; chinês, art. 46; etc.) e vae sendo incluida nos modernos projectos de codificação penal (projectos allemães, suissos, cubanos, etc.). Os pagamentos parciaes devem ser realizados em certo prazo, improrogavel. A

---

23) A lei norueguêsa de 29 de dezembro de 1904 exclue do beneficio do pagamento em prestações os individuos que não tiverem domicilio certo ou occupação; e mais os que procurarem furtar-se ao cumprimento da pena ou se acharem em debito de prestações já vencidas. Estas e outras restricções são superfluas, desde que a concessão do beneficio seja facultativa para os tribunaes. A redação do § 1.º, do art. 55 do projecto brasileiro precisa ser emendada, de modo a tornar bem claro que a permissão não é obrigatoria. O verbo "permittirá" dá a entender o contrario. Interessante o que se passou na Suissa com o pagamento parcellado da multa. Foi a praxe que a introduziu. Sómente os cantões de Neuchatel e Zurich legislaram a respeito.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

preferencia é pelo de um anno. Ha quem o repute insufficiente.[24]).

A terceira medida — a prestação de trabalho livre — se nos depara em algumas legislações (a norueguêsa, lei de dez. de 1904; a argentina, cod. pen., art. 21; a peruana, cod. pen., art. 24, etc.). Desde 1875 a consagrava a lei organica dos estabelecimentos de detenção do cantão de Vaud; mas, sem importancia pratica, acabou sendo revogada. Nos projectos de codificação penal essa medida tem sido bem acceita. Ella é prevista pelo austriaco de 1912, pelo hungaro de 1914, por alguns dos allemães (incluido nesse numero o nazista), pelos suissos, pelo grego (1921), e outros mais. Entre estes se acha o nosso (Sá Pereira), que assim se exprime: "O pagamento da multa poderá ser feito mediante prestação de trabalho livre, por conta de particulares, do Municipio, do Estado ou da União, provendo o juiz de maneira que o salario se applique simultaneamente ao pagamento da multa e á subsistencia do condemnado e sua familia". Original neste dispositivo é a permissão de ser o trabalho por conta de particulares.

A idéa do pagamento da multa por meio de trabalho livre, com caracter facultativo, como se nos apresenta nos codigos[25]) e projectos, é, não se contesta, seductora. Mas ninguem se deve illudir quanto ás difficuldades de sua execução. Isto, entretanto, não póde constituir razão bastante para que se não tente a experiencia.

---

24) Neymarck, na sua admiravel memoria, já citada, achou que esse prazo era demasiadamente brevè; è que, èm muitos casos, convinha èspaçá-lo (*Revue* cit., pag. 1057). Aschrott o considerou bastante (*Reform*, I, pag. 120).

25) Examine-se, entre estes, o da republica chinêsa, art. 42. Curiosa a disposição do artigo seguinte (43): "Peut être convertie en reprimende la condemnation à la détention ou à l'améndé pour une infraction dont les motifs sont notoirement excusables au point de vue de l'interêt public ou de la morale".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O systema corrente nas legislações da quasi unanimidade dos países civilizados é, como já tivemos occasião de dizer, a transformação da multa na pena substitutiva de prisão. Só o codigo genebrino abolira esta pena. O precedente foi seguido pelos projectos suissos de 1903, 1908 e 1918 (art. 46). Imitou-os o projecto brasileiro, que, no art. 55, assim preceitúa: "Não se executará a multa contra aquelle que não puder solvê-la sem cortar pelo indispensavel á propria subsistencia e dos seus, mas, não estando prescripta, a todo tempo será cobrada, sobrevindo a solvencia". E no art. 57 diz: "A multa não se converterá noutra pena". [26]).-

Quanto aos individuos indolentes e recalcitrantes, isto é, que, possuindo meios, se recusem ao pagamento da multa, tem-se proposto o trabalho obrigatorio em estabelecimento especialmente destinado a esse fim. O contra-projecto allemão dos quatro professores (§ 65) e o brasileiro, em sua fórma primitiva (art. 91), este exclusivamente em relação aos individuos ociosos e indolentes, abraçaram essa idéa. Contra ella, o argumento mais ponderoso que se póde adduzir é a difficuldade da organização e manutenção de estabelecimentos adequados.

A que crimes (tomada esta palavra em accepção ampla) deve ser comminada a pena de multa? A tendencia de nossa época é para aumentar o quadro desses crimes. A multa já se não applica unicamente ás infracções de somenos importancia. Estende-se a outras de maior gravidade. Codigos e projectos facultam ou prescrevem a sua imposição sempre que ellas se originam

---

26) A renuncia á punição, no caso do condemnado insolvente, é, na maioria das vezes, um premio á indolencia e á malandragem. Conviria excluir o emprego da pena pecuniaria em relação ao individuo que, anteriormente condemnado a essa pena, não a tivesse cumprido por falta de recursos.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

da ganancia ou avidez de lucro. O codigo italiano actual, no art. 24, dispõe: "Per i delitti determinati da motivi di lucro, se la legge stabilisce soltanto la pena della reclusione, il giudice può aggiungere la multa da lire cinquanta a ventimila". Outro codigo recente, o polaco, manda infligir, se a infracção fôr commettida por espirito de ganho, além da pena privativa da liberdade estabelecida pela lei, uma multa, "a não ser que a condemnação a esta ultima pena seja inopportuna". O yugo-eslavo determina que, nos crimes praticados por espirito de ganancia, além da pena privativa de prisão, será imposta a de multa até 250.000 dinar. O peruano tambem manda aggregar a multa á pena de prisão, quando o crime fôr perpetrado por lucro (art. 25)). Dos projectos seguem o mesmo rumo os suissos, os allemães (inclusive o nazista), o checo-eslovaco, o nosso, etc. Este ultimo declara: "...a multa, como pena accessoria, será imposta ao infractor sempre que tiver agido por espirito de ganancia, cobiça ou avareza".

Na opinião de Aschrott, a faculdade de applicar accesoriamente a pena de multa não devia restringir-se a esse caso, mas ter maior amplitude. [27]).

A quem devem ser attribuidas as importancias das multas? Em regra, ellas revertem em beneficio do erario publico. Com valiosos argumentos se tem negado ao Estado o direito de se apropriar dos productos das multas. [28]). Propugnam notaveis escriptores a idéa de serem taes penas destinadas á indemnização das victimas

---

27) *Reform*, cit., pag. 125.

28) Demogue, *De la réparation civile des delits*, pag. 302: "Quelle que soit en effet la tradition bien de fois séculaire qu'il (l'Etat) puisse invoquer en sa faveur (pour s'approprier le produit des amendes) il n'y a logiquement aucun droit".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

dos erros judiciarios.[29]). Sustentam outros que ellas devem ser empregadas na reparação do damno causado pelo delicto.[30]).

Um rapido estudo de legislação comparada mostra como o assumpto é regulado nos diversos países. Em França, as multas correccionaes são repartidas, annualmente, em cada departamento, da seguinte maneira: 20% pertence ao Estado e 80% constitue um fundo commum, que é assim sobrepartilhado: ¼ para o serviço de assistencia aos menores e ¾ para as municipalidades (communas). Essa divisão não abrange as multas fiscaes.[30-a]). Na Italia as penas pecuniarias pertencem ao erario do Estado. Mas o respectivo producto costumava reverter, em parte ou no todo, em proveito de determinadas instituições, das provincias e das communas. Ás vezes cabia aos chamados *agenti scopritori.*[31]). Segundo o codigo Mussolini-Rocco, as multas são recolhidas a uma Caixa ("Cassa delle ammende"), destinando-se á assistencia dos liberados e suas familias, a cargo dos

---

29) Bonneville de Marsangy, *De la amélioration de la loi crim.*, II, cap. XVIII; Geyer, *Kleinere Schriften*, pag. 472; Schwartze, na *Gerichtssaal*, XXXIV, 100; Carrara, *Programma*, part. gen., § 692; Pessina, *Elementi*, I, § 147; Meccaci, *Trattato*, II, pag. 426, etc.

30) Especialmente, Garofalo, *Riparazione alle vittime dei deliti*, cap. III; U. Conti, *Enciclopedia*, de Pessina, IV, pag. 464, accrescenta: "...altre destinazioni ancora potrebbe avere il ricavato delle pene pecuniarie. Quale migliore erogazione che a profitto dei minorenni abbandonati? E potrebbero seguire i minorenni delinquenti, e gli adulti carcerati e liberati dal carcere, e gli istituti varii di istruzione, di beneficenza, od altri di pubblico bene".

30-a) Roux, *ob. cit.*, pag. 339.

31) Attribuir a multa, ainda que só em parte, a esses agentes, aos denunciantes ou aos funccionarios encarregados de cobrá-la é cousa grandemente censuravel.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Conselhos de Patronato, instituidos junto a cada tribunal.[31-a]). Na Austria, a importancia da multa tóca, em regra, á caixa dos pobres do logar em que o crime foi praticado, embora esse logar seja no estrangeiro. O fisco interesse algum tem na multa.[32]). Na Polonia, as multas são recolhidas ao Thesouro do Estado para as necessidades dos estabelecimentos penitenciarios, de correcção e preventivos (cod. pen., art. 42, § 3). Na Allemanha, a multa é recolhida aos cofres do Estado cujos tribunaes conheceram, em primeira instancia, do facto delictuoso. Segundo leis especiaes, ella reverte ás vezes em beneficio de certas corporações publicas. Excepcionalmente, segundo leis territoriaes, é ella applicada em favor do offendido.[33]). Na Suissa, a multa pertence á Confederação, se se trata de crime federal, aos cantões, se de cantonal. Alguns codigos cantonaes a destinam a fins especiaes. O de Soleure — exemplificando — a manda entregar aos hospitaes. Em materia de policia, muitas vezes é a multa attribuida á communa. Modernamente se tem proposto que a multa, parcial ou totalmente, seja abonada ao lesado.[34]).

Das legislações de nosso continente, uma das mais adeantadas é a peruana. O art. 47 do codigo penal assim réza: "El producto de las confiscaciones y de las multas

---

31-a) Os italianos se orgulham da paternidade dessa instituição — a caixa das multas. Effectivamente, foi na Toscana que ella appareceu, em 1786. Mas nunca teve alli efficiência pratica: não passou de uma bella concepção. Ferri, em seu projecto, procurou revivê-la (art. 100). Leia-se o relatorio, cap. VII. O codigo fascista adoptou a instituição. Ella existe em outros países.

32) Lammasch-Rittler, *Grundriss d. oester. Strafrechts*, pagina 88.

33) Goldschmidt, *ob. cit.*, pag. 263.

34) Hafter, *ob. cit.*, pag. 285.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

se depositará en la Caja de indemnizaciones à las victimas de delito. Los fondos de esta caja se destinarán à las reparaciones que no hubiere podido obtenerse directamente de los condenados".

O codigo do Paraguay, actualmente em vigor, preceitúa que o producto dos bens confiscados e o das multas formarão uma "Caja de Socorro", cujo fim é alliviar a sorte dos que tiverem ficado desamparados ou invalidos em consequencia de um facto criminoso. A Caixa ajudará tambem, por meio de premios, os agentes da ordem publica que mais se distinguirem, pela sua diligencia e valor, na perseguição dos delinquentes. E mais se encarregará de fornecer modesto subsidio á familia do agente da autoridade, se necessitada, que houver soffrido uma desventura no cumprimento do dever de perseguir um criminoso. O excedente liquido das entradas passará, annualmente, á Directoria Geral das Escolas, como contribuição em favor do ensino primario. A Caixa está sujeita ao Superior Tribunal de Justiça.[35]).

Em nossa patria, as multas, sob o regime do codigo de 1830, eram recolhidas aos cofres das camaras municipaes, para auxiliarem-nas em certas despezas, nomeadamente no pagamento de meias custas dos processos em que a justiça publica decahisse. Pelo codigo vigente, pertencem ellas aos Estados ou á União, conforme a respectiva competencia. O projecto da sub-commissão legislativa menciona tambem — os municipios. Fôra desejavel que, seguindo o exemplo de codigos e projectos estrangeiros, se determinasse *expressis verbis* o destino

---

35) O regulamento dessa caixa se encontra em Gonsalez, *Derecho penal*, I, pag. 273 e segs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

a ser dado ao producto das penas pecuniarias. Nada mais razoavel do que utilizá-lo no resarcimento dos damnos causados ás victimas dos delictos. [36] [37]).

---

36) Nosso codigo, nos crimes de violação dos direitos de propriedade artistica e literaria (arts. 345 a 350), dos direitos de patentes de invenção e descobertas (art. 351 e seus §§) e dos direitos de marca de fabrica e de commercio (art. 353 e §§) destina a multa á indemnização da victima. A lei de imprensa, no art. 24, diz: "As sommas resultantes das penas pecuniarias pertencerão ao offendido, se fôr particular, ou á União, Estado ou Municipio, se funccionario, em razão do officio, corporação ou autoridade publica".

37) Com a pena pecuniaria se occuparam a União Internacional de Direito Penal, em sua sessão de Christiania (*Mitteilungen*, III) e o VII congresso penitenciario internacional, realisado em Buda-Pest (1905). Assás importantes os relatorios apresentados sobre o assumpto, as discussões que se travaram, e as resoluções tomadas. Da literatura estrangeira, que é copiosa, se destaca o optimo escripto de Neymarck, por vezes já citado. Em nossa patria, o melhor estudo a respeito dessa pena é o de João Cabral, no cap. V de seu livro *Sciencia penitenciaria*.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 60 — Não se considera pena a suspensão administrativa, nem a prisão preventiva dos indiciados, a qual, todavia, será computada na pena legal.

I. — O codigo criminal da monarchia preceituava no art. 37: "Não se considera pena a prisão do indiciado de culpa para prevenir a fugida, nem a suspensão dos magistrados decretada pelo poder moderador, na fórma da Constituição".

A doutrina da primeira parte desse dispositivo se inspirára na legislação francêsa, que, a principio, não mandava computar a prisão preventiva na duração das penas. Como é sabido, esse systema, em parte modificado pela reforma de 1832, encontrou geral antipathia por parte dos mais notaveis criminalistas. A lei de 15 de novembro de 1892 attendeu ás reclamações por longo tempo formuladas. Segundo a redacção actual do codigo penal francês, a detenção preventiva é integralmente deduzida da duração da pena.

Quando se implantou, em nosso país, o governo republicano, foi expedido o dec. n. 777, de 20 de setembro de 1890, [1]) o qual, em seu art. 3.º, assim estabeleceu:

---

1) A lei n. 1.696, de 15 de setembro de 1869, mandava descontar, no cumprimnto da pena, o tempo de prisão simples que o réu tivesse soffrido desde a sentença de primeira instancia, menos a sexta parte, salvo se o réu preferisse o cumprimento da pena de prisão com trabalho, não obstante a appellação.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

"A prisão preventiva será computada na execução da pena, sendo posto em liberdade o réu que, contado ou addicionado o tempo da mesma prisão, houver completado o da condemnação". Poucos dias depois, promulgava o governo provisorio o presente codigo, onde se nos depara o artigo que commentamos. Ahi se diz, que não são consideradas penas a suspensão administrativa e a prisão preventiva e se manda computar esta na pena legal.

Relativamente á primeira: A suspensão administrativa é na realidade, uma pena, mas de direito disciplinar, que não póde nem deve ser confundida com a pena criminal. A distincção está lucidamente exposta nas seguintes palavras do traductor brasileiro de v.Liszt: "A pena disciplinar, como effeito da violação do dever, não decorre do poder repressivo do Estado, do poder publico de punir, mas da superioridade hierarchica, tem por base a relação de superioridade entre o Estado e o seu servidor; pelo que as penas disciplinares não são penas no sentido do direito criminal, mas meios para a manutenção da disciplina e da ordem nas relações de serviço e para a segurança dos deveres do serviço". [2]).

A acção penal, dominada pelo principio da legalidade, diverge essencialmente da disciplinar, em que impera o da opportunidade. Ambas são autonomas. Dahi não importar a propositura de uma e outra, no mesmo ou diverso tempo, inobservancia da regra — *non bis in idem*. Erronea é a teoria que reputa o direito disciplinar como parte do direito penal. [3]).

---

2) José Hygino, *Tratado de direito penal allemão*, I, pag. 405, n. b.

3) Sobre esta teoria leiam-se a exposição e critica de Nezard no optimo livro *Les principes généraux du droit disciplinaire*, pag. 82 e segs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A suspensão administrativa é, de sua natureza, medida provisoria. No decurso della, perde a funccionario as vantagens e prororogativas de seu cargo, deixando de exercê-lo. O principal effeito pratico dessa medida é a privação, parcial ou total, dos estipendios ou vencimentos. Não constituindo pena, no sentido do direito repressivo, não póde a suspensão administrativa ser levada em linha de conta na execução da pena criminal. Não temos conhecimento de legislação alguma que o contrario prescreva. [4]).

Quanto á segunda. Chama-se prisão preventiva a que o imputado soffre antes do julgamento definitivo do processo. Comprehende-se neste conceito a prisão que se effectua em flagrante, isto é, no momento em que o crime é praticado ou quando, logo em seguida, é o delinquente perseguido pelo clamor publico.

Como pena propriamente dita não póde a prisão preventiva ser reputada, porque aquella presuppõe uma decisão final a respeito do delicto e da respectiva autoria. Essa prisão representa confessadamente um mal, mas mal inelutavel, porque sem ella, em grande numero de casos, não lograria o processo attingir o seu objectivo e impunes ficariam os maiores crimes. Cercam-na as leis de garantias materiaes e formaes, destinadas a cercear os abusos e diminuir-lhe os inconvenientes.

A lei n. 2.033, de 1871, e o dec. n. 4.824, do mesmo anno, regulavam esse instituto. O dec. federal n. 2.110, de 30 de setembro de 1909, repetindo o que dispunha a lei federal n. 1.785, de 8 de novembro de 1908, introduziu algumas modificações.

---

4) Thomaz Alves, em seus commentarios ao codigo antigo. emittiu a seguinte opinião: "Como na prisão preventiva, nos inclinamos a crer que a suspensão administrativa devia ser tomada em consideração como attenuante da pena a impôr pelo julgamento (*Annotações*, I, pag. 49)".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A prisão preventiva, actualmente, tem cabimento: nos crimes afiançaveis, quando o indiciado é vagabundo, sem profissão licita e domicilio certo, ou já cumpriu pena de prisão por effeito da sentença proferida por tribunal competente; nos inafiançaveis, emquanto não prescreverem, qualquer que seja a época em que se descubram indicios vehementes de autoria ou cumplicidade. Ficou revogada a dispoisção das leis anteriores que não permittia essa prisão depois de um anno da data do crime. A requisição e a concessão do mandado de prisão preventiva serão sempre fundamentadas.

Essa prisão, comquanto juridicamente não seja uma pena, como já dissemos, de facto com esta muito se assemelha. E' uma privação da liberdade, um soffrimento a que o imputado fica sujeito, por motivo do crime praticado. Manda a equidade que ella seja tomada em consideração no cumprimento da pena. [5]). Esta idéa, graças tambem ao progressivo abrandamento do rigor das penas, está hoje universalmente espalhada. Pouquissimas legislações a desconhecem. [6]).

Nosso codigo acompanhou a corrente geral, determinando a detracção do tempo da prisão preventiva. Ella se opera obrigatoriamente, *ope legis*, sem deducção algu-

---

5) Não é este o fundamento da detracção que todos os escriptores apresentam. Variam as opiniões, como se póde ver, entre outros, em Kriegsmann, na *Vergleichende Darstellung*, A. T., III, pag. 220 e segs.

6) No direito anglo-americano não existe a imputação da prisão preventiva. Esta é tomada em consideração pelos tribunaes, quando têm de fixar a pena. Na Espanha, só em 1901 (lei de 17 de janeiro desse anno) foi mandado abonar essa prisão: por inteiro, nas penas correccionaes, e por metade nas afflictivas. O codigo de 1928 acabou com essa distincção, mas mandou contar a prisão preventiva por metade, em se tratando de multi-reincidentes. O de 1932 extinguiu essa excepção (art. 33).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

ma. Já se decidiu que na expressão "prisão preventiva" se achava virtualmente comprehendida a prisão preventiva administrativa, porque, da mesma forma que a judicial, ella impunha ao indiciado o soffrimento da privação, mais ou menos prolongada, de sua liberdade.[7]). A jurisprudencia estrangeira tem entendido que a prisão preventiva effectuada em outro país para segurança da extradicção tambem deve ser imputada na pena imposta pela sentença condemnatoria.[8]). Essa solução nos parece perfeitamente acceitavel perante o nosso direito.

Entre a prisão preventiva e o objecto da sentença condemnatoria deve necessariamente existir uma certa connexão. O direito italiano exige que o facto delictuoso seja exactamente o mesmo que deu logar á sentença. Pouco importa que a qualificação juridica desse facto venha a variar, de modo a ser considerada como de especie que não justificava a prisão preventiva.[9]). Na Allemanha a imputação póde dar-se, ainda que os factos sejam diversos, desde que elles constituam objecto de um mesmo processo. Nesse país, a jurisprudencia decide que, se um individuo é processado por diversos crimes e absolvido daquelle pelo qual se achava preso preventivamente, póde pretender que se lhe desconte na pena imposta a prisão preventiva soffrida.[10]). Na Hollanda

---

7) Accordam do Supremo Tribunal Federal de 19 de dezembro de 1900, na *Revista de jurisprudencia*, XI, pag. 250. Essa decisão incorreu nas censuras de Macedo Soares e Galdino Siqueira.

8) Frank, *Strafgesetzbuch... erlaeutert*, § 60, II; Vidal, *Cours de droit criminel*, pag. 725; Nypels-Servais, *Code pénal belge interpreté*, art. 30, 1; etc.

9) U. Conti, *Enciclopedia*, de Pessina, IV, 932; Tuozzi, *Corso*, I, pag. 442, n. 1.

10) Meyer-Allfeld, *Lehrbuch*, § 61. Schwartz (*Strafgesetzbuch*, § 60, 3) reconhece que essa é a opinião predominante, mas acha que ella difficilmente póde merecer approvação.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

tambem não se faz questão de identidade do facto. Em França os tribunaes têm admittido a detracção até por facto delictuoso praticado após a prisão preventiva.[11]). Perante o codigo patrio, se nos afigura que não póde haver duvida séria: a prisão preventiva é reduzivel unicamente quando o facto que a houver motivado fôr o mesmo da sentença condemnatoria. Sem relevancia será a qualificação juridica desse facto.

Outro requisito da detracção é a commensurabilidade entre a prisão preventiva e a pena imposta. Dividem-se as leis, no tocante a este ponto, em dois grupos: umas mencionam a que especies de penas se applica a imputação, outros, deixam á doutrina a tarefa de fixar-lhe os limites. A este segundo grupo, aliás diminuto, pertence o nosso codigo. E' verdade que elle só conhece uma pena privativa da liberdade. Póde-se, entretanto, suscitar a seguinte duvida: é imputavel a prisão preventiva na pena de multa? Depois que esta se tornou inconvertivel, *ex vi* do preceito constitucional, não ha mais como responder affirmativamente.

Algumas legislações excluem abertamente a imputação da prisão preventiva, em se tratando de penas pecuniarias (multas). Assim procedem a francêsa, a belga (art. 30) e outras mais. Ao inverso, a hollandêsa, a italiana actual (art. 137), a chinêsa (art. 46), a argentina (art. 24) e a peruana (art. 49) expressamente a admittem. A Suissa, em seus codigos cantonaes, nos offerece exemplos de um e outro systema. O codigo allemão e o norueguês nada dizem a respeito. Mas, apesar dessa mudez, reconhecem os interpretes a possibilidade da detracção.

---

11) Garçon, *Code pénal annoté*, arts. 23 e 24, n. 38.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Por toda parte se entende que entre a prisão preventiva e as chamadas medidas de segurança não existe a necessaria commensurabilidade.

A imputação se faz na pena que resulta da sentença. Não é raro que toda a duração dessa pena seja absorvida pela prisão preventiva. Não ha, porém, quando isso occorra, um cumprimento prévio da pena. A questão póde revestir-se de importancia em materia de reincidencia. [12]).

Não é preciso que entre a prisão preventiva e a execução da pena exista uma relação de continuidade.

II. — Uma brevissima resenha de legislação comparada. Os codigos penaes da actualidade, sem excepção de que nos lembremos, consagram o principio da detracção. Para muitos, tem esta caracter facultativo. Fica ao arbitrio do juiz admittí-la ou não e fixar-lhe a medida. A decisão deve ser expressa, interpretando-se o silencio como recusa. A lei francêsa de 15 de novembro de 1892 evitou esse erro: estabeleceu a imputação facultativa, mas exigiu que a exclusão fôsse expressa e fundamentada. E dess'arte restringiu o arbitrio judicial. [13]). Para outros codigos, a imputação se faz obrigatoriamente. O projecto Rocco se collocava em outro ponto de vista: era facultativa a detracção, quando se tratasse de pena privativa da liberdade, e obrigatoria, quando de pena pecuniaria. Venceu, porém, no codigo a obrigato-

---

12) Schwartz, *ob. cit.*, § 60, 8.

13) O ultimo projecto francês (1932) manda fazer a deducção integral da prisão preventiva, mas permitte que o juiz, por disposição especial e motivada, a recuse ou a admitta só em parte. A prisão preventiva posterior ao julgamento é sempre computada, e integralmente, se não houver sido interposto recurso ou se, em virtude delle, a pena tiver sido reduzida (art. 51).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

riedade tambem para este ultimo caso.[14]). Excluia o projecto desse beneficio os delinquentes habituaes, profissionaes e por instincto, mas o codigo não consigna a excepção.

Em alguns codigos apparece como requisito da imputação da prisão preventiva que esta não seja culposa. O norueguês, que se ennumera nesse grupo, assim se exprime (consoante a traducção francêsa): "...sans s'être (l'inculpé) attiré cette detention par sa conduit durant l'instruction (§ 60)". Os de Zuerich (§ 63), Lucerna (§ 69), Turgovia (§ 43), Schiaffusa (§ 73), etc., fallam em prisão preventiva sem culpa (*unverschuldter*). O austriaco tambem impunha essa condição e mais a de ser a prisão preventiva prolongada; mas, depois de 20 de julho de 1912, foram essas restricções abolidas.[15]). Dos projectos modernos, ainda insere o requisito da inculpabilidade o checo-eslovaco (§ 65).

Em geral os codigos nenhuma referencia fazem a prisão preventiva soffrida no estrangeiro. O italiano achou conveniente resolver *expressis verbis* a questão. Elle manda computá-la (art. 138).

Dos projectos de reforma, elaborados para o nosso país, os do professor João Vieira e da Camara dos deputados mantiveram o systema do desconto obrigatorio. O do dr. Galdino Siqueira tomou rumo opposto. Os dois

---

14) Dentre as opiniões externadas a respeito, é digna de transcripção a da Universidade de Napoles (rel. Del Giudice): "L'obbligo di tale scomputo promana da un assoluto principio di giustizia, poichè altrimenti si verifica una detenzione preventiva senza titolo giuridico. Conseguentemente, la detrazione della carcerazione preventiva dev'essere obbligatoria in ogni caso". *Lavori preparatori*, III, part. 2.ª, pag. 22). No projecto Ferri a detracção era facultativa para as sancções mais graves e obrigatoria para as menores (art. 108). Pela obrigatoriedade em todos os casos se pronuncia Florian (*Trattato*, II, pag. 376).

15) Lammasch-Rittler, *Grundriss*, 200.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

primeiros estendiam-na á pena de multa e á prisão administrativa. O do desembargador Sá Pereira, conforme a redacção simplificada da sub-commissão legislativa diz, no art. 117: "O tempo da detenção preventiva e o do internamento em hospital ou hospicio, quando não fôr obtido por fraude ou simulação, será computado na pena". [16]).

O apanhado que ahí fica dá-nos perfeita idéa da situação actual do instituto da detracção da prisão preventiva. [17]).

---

16) Favoravelmente á these da obrigatoriedade: Kriegsmann, *ob. cit.*, pag. 239; Hetzel, *Die Untersuchungshaft*, pag. 52 e muitos outros. O systema da computação facultativa teve entre nós decidido defensor em Lima Drummond (*Estudos de direito criminal*).

17) Leia-se Baptista Pereira, *A prisão preventiva e a execução da pena*, na *Revista de jurisprudencia*, 1899, pag. 317. Na literatura estrangeira, recommenda-se ao estudo a monographia de Neithardt, *Acerca da computação da prisão preventiva* (*Ueber die Anrechnung der Untersuchungshaft*, Muenchen, 1896) e o escripto de Kriegsmann, já citado.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 61 — Nenhum crime será punido com penas superiores ou inferiores ás que a lei impõe para a repressão do mesmo, nem por meio diverso do estabelecido nella, salvo o caso em que ao juiz se deixar arbitrio.

I. — Em seu artigo 1.º consagrou o codigo, como palladio da liberdade individual, a garantia criminal — ninguem poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado como crime (*nullum crimen sine lege*). No artigo supra estabelece, com o mesmo pensamento, a garantia penal — nenhum crime será punido com penas superiores ou inferiores ás que a lei impõe (*nullo poena sine lege*), e a garantia executiva — nenhum crime será punido por modo diverso do prescripto na lei.

Já em outro logar, no commentario ao referido artigo, dissemos qual a origem historica do principio da legalidade, principio segundo o qual não existe crime sem lei anterior que como tal o qualifique, nem pena que não tenha sido préviamente comminada pela lei. Contra elle vêm assestando as suas mais poderosas baterias, dirigindo os seus mais violentos ataques os partidarios da concepção nazista do Estado. Este — argumentam elles — na doutrina liberal do seculo passado tinha por escopo principal assegurar ao individuo uma esphera de acção, nitidamente delimitada, em que elle pudesse livremente movimentar-se. Toda restricção á liberdade individual

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

devia promanar de um texto expresso e positivo da lei. Dahi resultava que actos lesivos da existencia da collectividade ou perturbadores de sua tranquillidade não podiam ser reprimidos porque delles a lei não cogitava. Na doutrina do nacional-socialismo ou autoritaria, o interesse do Estado não se concentra mais na liberdade do individuo. A conservação e o desenvolvimento da collectividade, da communhão do povo, constituem o objecto e o fim de toda a actividade do Estado. A' consecução desse fim deve o individuo sacrificar inteiramente a propria pessôa. O Estado com semelhante objectivo não póde tolerar que o individuo empregue impunemente as suas forças e capacidades (*Faehigkeiten*) em prejuizo da mesma communhão. A certeza do direito é tambem principio fundamental da legislação do novo Estado. Mas a sua observancia não deve ir ao ponto de constituir empecilho á punição de quem, abroquelando-se no texto da lei, lhe não respeite as intenções. A preoccupação de garantir a esphera de liberdade do individuo, a todo custo, pela certeza do direito, leva forçosamente ao cerceamento dos poderes dos juizes na imposição da pena. Elles se convertem em machinas de submetter os casos occorrentes ás prescripções estrictas da lei (*Subsumtionsmachinen*). Isso não se coaduna com a liberdade de movimentos de que elles precisam para o desempenho de sua missão no novo Estado. Cumpre conceder-lhes maior amplitude de acção, permittindo-lhes o emprego analogico da lei.

No celebre *Memorial prussiano* se disse que o principio *nulla poena sine lege*, de origem romana e individualista, dava logar a que os inimigos da communhão (*Gemeinschaedlingen*) podessem, através das malhas da lei, attingir os seus intuitos. Que era mistér pôr a administração da justiça em harmonia com o sentimento

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

juridico do povo. Que se fazia imprescindivel conceder ao juiz, em certos limites, a faculdade de preencher as lacunas da lei.

Nas discussões do projecto nazista se allegou contra a maxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* que, admittindo-se, como em geral se admittia, a interpretação extensiva das leis penaes, não poucas vezes os tribunaes, sob color de applicá-las ampliativamente, as faziam abranger, por analogia, casos não previstos pelo legislador. Que a distincção entre a interpretação extensiva e a analogia era incerta e duvidosa; não havendo bôas razões para permittir a primeira e excluir a segunda. Que, como no dominio do direito civil, tambem no do criminal se devia consentir no emprego do processo analogico.

Com estes argumentos se tem procurado derrocar, na hodierna Allemanha, o tradicional principio da legalidade. A commissão incumbida da elaboração do projecto nazista formulou, na segunda leitura, o seguinte dispositivo: "Incorre em pena quem pratica um facto que a lei declara punivel ou que, segundo o conceito de uma lei penal e a sã maneira de ver do povo, merece punição. Se ao facto não fôr immediatamente applicavel nenhuma lei penal, será elle punido de accordo com a lei cuja idéa fundamental melhor se lhe adapte.[1]).

Consignam os codigos, em quasi sua totalidade, expressamente, a primeira dessas garantias. Quanto á segunda, uns a ella se referem de modo explicito, outros,

---

1) Veja-se **Franz Guertner**, *Das kommende deutsche Strafrecht*, I, pag. 201 e segs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

não.[2]). A' garantia executiva poucos alludem. Parece-lhes isso superfluo.[3]).

A clausula — "salvo o caso em que ao juiz se deixar arbitrio" — não tem a minima significação. Não ha no codigo hypothese alguma em que ao juiz se tenha permittido exceder, para mais ou para menos, os limites fixados, ou determinar um modo de execução differente do estabelecido.

---

2) Alguns exemplos: O codigo italiano diz: "...nè con pene che non siano da essa (la legge) stabilite". O peruano assim se exprime no art. 2.º: "Nadie será condenado á sufrir pena alguna que no esté sancionada en la ley, ni a sufrir pena distinta de la que la ley señala para la infracción juzgada". O nosso, como já vimos, reza: "...nem com penas que não estejam previamente estabelecidas". No mesmo sentido o projecto Sá Pereira. O codigo do Uruguay dá ao principio a seguinte redacção: "No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia, emanada de los jueces en cumplimiento de una ley (*nulla pena sine judicio*), ni hacerse sufrir de distinta manera que como ella lo haya estabelecido".

3) A proposito dssa garantia escreve muito bem Grispigni: "La diminuzione di beni giuridici da inflingersi al condannato non può essere maggiore o diversa da quella stabilita dal diritto oggettivo, e pertanto il condannato, come soggetto giuridico, può sempre tutelare la sfera dei diritti non diminuita dalla sentenza, contro ogni abuso degli organi del potere executivo (*Corso di dir. penale*, pag. 352). Acerca da posição juridica do condemnado, consultem-se: Freundenthal, *Die Staatsrechtliche Stellung der Geffaengenen* (*Frankfurter Rektoratsrede*) 1910; Gruenhut, *Rechtliche Garantien im Stravollzug*, na *Reform des Strafvollzuges* de Lothar Frede e Gruenhut, Berlin, 1927, pag. 17 e segs.; Massari, *Lo stato giuridico della persona detenuta*, na *Rivista di dir. penitenziario*, 1930. Na literatura patria: Roberto Lyra, *Condição moral e juridica do encarcerado*, Rio, 1924.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 62 — Nos casos em que este codigo não impõe pena determinada e sómente fixa o maximo e o minimo, considerar-se-ão tres gráus na pena, sendo o gráu medio comprehendido entre os extremos, com attenção ás circumstancias aggravantes e attenuantes, as quaes serão applicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as seguintes regras:

§ 1.° — No concurso de circumstancias aggravantes e attenuantes que se compensem, ou na ausencia de umas e outras, a pena será applicada no gráu medio.

§ 2.° — Na preponderancia das aggravantes, a pena será applicada entre os gráus medio e maximo, e na das attenuantes entre o medio e o minimo.

§ 3.° — Sendo o crime acompanhado de uma ou mais circumstancias aggravantes sem alguma attenuante, a pena será applicada no maximo, e no minimo se fôr acompanhada de uma ou mais circumstancias attenuantes, sem nenhuma aggravante.

I. — O legislador determina em abstracto a pena que, qualitativa e quantitativamente, lhe parece adequada e justa para cada especie de crime. Fixa o juiz em concreto a pena de cada crime, tentado ou consumado. Nulla é esta tarefa, quando elle se limita a applicar uma

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

medida de pena absolutamente determinada pela lei. Assás difficil, ao contrario, é ella, quando a pena tem de ser achada em sua qualidade e quantidade, ou sómente nesta.

Um postulado da moderna politica criminal, abraçado por todas as escolas, [1]), ensina que a pena, para alcançar os varios fins a que se destina, deve ser, tanto quanto possivel, individualizada. A individualização que se opera por meio da lei é insufficiente. Completa-a a judicial. [2]). Esta exige que o juiz, na escolha da especie e medida da pena, tenha em vista, não só a objectividade do facto delictuoso, mas tambem, e precipuamente, as condições pessôaes do delinquente, os motivos determinantes do mesmo facto, o caracter que elles revelam, e o objectivo psychologico da pena a ser executada. Todos os elementos, tanto de natureza objetiva como subjectiva, precisam ser cuidadosamente apreciados e attendidos. Ora, sem uma ampla liberdade de acção, não póde o juiz desempenhar satisfatoriamente a ardua missão que se lhe confia. Dahi a moderna tendencia em pról do arbitrio judicial. Como diz um criminalista espanhol: "Se vuelve a el i los publicistas lo piden, los profesores lo propagan, los pueblos lo quieren y los legisladores lo acuerdan. En suma, la corriente general es demasiado fuerte para ir contra ella". [3]).

Domina o nosso codigo — nascido em uma época em que essa reacção mal começava a se fazer sentir — o

---

1) Rosenfeld, *Vergleichende Darstellung*. A. P. pag. 141: "...o principio como tal não soffre mais contestação. Todos os cultores de politica criminal (*Kriminalpolitiken*), de Wach até Aschaffenburg, com elle concordam".

2) Optimamente a respeito Saleilles, *L'individualisation de la peine* (Paris, 1898). Veja-se Hafter, *Lehrbuch*, pag. 249 e segs.

3) Jaime Masaveu, *El nuevo derecho penal* (Madrid, 1929). pag. 38.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

velho preconceito que se corporizou na maxima catoniana — *optima lex quae minimum arbitrio judicis relinquit.* A especie de pena a ser applicada a cada um dos crimes é nelle rigorosamente determinada. Nenhuma vez sequer se proporciona ao juiz a possibilidade de escolher, entre duas ou mais penas, a que lhe pareça mais adequada. Nunca lhe é permittido ultrapassar, para mais ou para menos, os limites ordinarios. O quadro da pena é dividido em cinco gráus, [4]), aos quaes fica o mesmo juiz adstricto. Para a fixação do gráu da pena a ser imposta, fornece-lhe o codigo um *numerus clausus* de circumstancias aggravantes e attenuantes. E para a avaliação dessas circumstancias lhe põe deante dos olhos as regras do art. 38.

O systema da divisão da pena em gráus, que passou do codigo napolitano de 1819 para a legislação espanhola (Cods. de 1822, 1848 e 1870) e para o codigo sardo-italiano, espalhando-se por varios países de raça latina, está hoje definitivamente condemnado. [5]).

---

4) No codigo de 1830, os gráus eram tres. Em face do artigo que commentamos, onde se diz "considerar-se-ão tres gráus na pena", houve quem entendesse que o numero de gráus continuava a ser o antigo. Esta opinião não conseguiu adeptos. Os interpretes, quasi unanimemente, entenderam que esse numero fôra aumentado para cinco. Duvidou-se se os novos gráus eram fixos. Alguns julgados, bem poucos (por exemplo, o que se encontra na *Gazeta Juridica*, de São Paulo, IV, pag. 58), decidiram em sentido negativo, isto é, que aos juizes assistia a faculdade de escolherem, discricionariamente, no intervallo entre o medio e o maximo e o medio e o minimo os gráus sub-maximo e sub-medio. Essa opinião foi vencida em toda a linha. A jurisprudencia se firmou no sentido da fixidez dos gráus intermedios.

5) Os defeitos desse systema, de um apriorismo convencional e reprovado, foram postos em evidencia por Zanardelli no relatorio que acompanhou o codigo italiano de 1889. "Nulla maggiormente contrasta con la infinita varietá degli atti umani — escreveu elle — e con la non meno infinita gradazione dei moti dell'animo, del dolo, della colpa, che lo stabilire dover essere quattro, cinque, otto questi gradi, quasichè tale numero possa a priori essere fissato dal legisladore".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Segundo o artigo supra, o crime commettido sómente com circumstancias aggravantes deve ser punido com o maximo da pena; o commettido sómente com attenuantes, com o minimo. Concorrendo circumstancias dessas duas especies, que se compensem, a pena será imposta no medio, que é a somma dos extremos dividida por dois (maximo + minimo ÷ 2). Identica é a solução no caso de ausencia de circumstancias de uma e outra especie. A compensação se verifica de accordo com o § 3.º do art. 38. Predominando as aggravantes, a pena irá para o gráu sub-maximo, que é o quociente da divisão da somma do maximo e do medio por dois. Predominando as attenuantes, applicar-se-á o sub-medio, que é o quociente da somma do medio e do minimo dividido pelo mesmo numero. O calculo arithmetico é simplicissimo. Toda difficuldade reside em decidir quando as circumstancias são equivalentes ou predominantes. Innumeros são os arestos de nossa jurisprudencia a respeito. [6]).

---

6) Uma incompleta resenha. Tem-se decidido que a attenuante da falta de pleno conhecimento do mal e directa intenção de o praticar prepondera sobre a aggravante do motivo frivolo (S. T. F., 10 XI. 1915), da superioridade em força ou armas (S. T. F., 7. XI. 1913), do emprego de diversos meios (id.) e de haver sido o crime praticado em repartição publica (Côrte de Appellação, 4-XII-1912). Que a attenuante da desafronta de grave injuria, da defesa propria ou de terceiro e da provocação preponderam sobre a aggravante da superioridade em força ou armas (Rel. de Minas, 22-III-1907; Trib. Just. de S. Paulo, 3-IV-1894; S. T. F., 1-V-1916). Que o exemplar comportamento anterior e os bons serviços prestados á sociedade prevalecem sobre as aggravantes de motivo frivolo (Rel. de Minas, 22-III-1907), da superioridade em armas (Rel. de Minas, 14-V-1920), do logar ermo (Rel. de Minas, 5-XI-1920), da superioridade em sexo e força (Rel. de Minas, 27-II-1912 e 4-XI-1921), do abuso de confiança (Côrte de Appel., 26-VI-1920) e da sorpreza (Rel. de Minas, 28-XI-1916). Que a attenuante da embriaguez incompleta e não procurada prevalece sobre as aggravantes da superioridade em armas, do motivo frivolo (Rel. de Minas, 11-VI-1920) e da sorpreza (Rel. de Minas, 2-IX-1921). Que as aggravantes do ajuste e do motivo frivolo preponderam sobre a attenuante do exemplar comportamento anterior (*Rev. do Sup.* XLIII, 101 e XLVII,

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Abandonando a tradição de nosso direito, deixa a lei de imprensa (de 14 de julho de 1934), em seu art. 23, ao arbitrio dos tribunaes a graduação das penas, nos casos dos arts. 10 (offensa, por qualquer modo, á moral publica ou aos bons costumes), 11 (publicação tendenciosa, por forma a provocar alarme social ou perturbação da ordem publica, de noticias falsas ou de factos verdadeiros), 13 (imputação a alguem, falsamente, de facto que a lei qualifique como crime) e 14 (imputação de vicios ou defeitos, de factos offensivos da reputação, do decoro e da honra e uso de palavra insultante na opinião publica). Manda o citado art. 23 que os tribunaes tomem em consideração, *principalmente,* a gravidade da offensa, os antecedentes do réu, e suas condições de fortuna. Estas evidentemente só deverão ser attendidas na imposição da pena pecuniaria.

As demais infracções penaes que possam ser commettidas pela imprensa serão punidas de accordo com a legislação commum (art. 19). Quer dizer: a graduação das penas far-se-á segundo as regras do codigo. Difficil é justificar semelhante discordancia.

II. — Quasi todos os codigos penaes inserem, na parte geral, normas destinadas a orientar os tribunaes na fixação, dentro dos limites legaes, da medida da pena applicavel a cada caso. Poucas são ellas nos da França, Belgica, Hollanda, Noruega, Finlandia, etc. Ao contra-

---

135). Que se compensam: a superioridade em armas e a provocação (S. T. F., 20-X-1897), a premeditação e o bom comportamento anterior (S. T., 30-VI-1900), a aggravante da noite e a attenuante da embriaguez incompleta e não intencional (Rel. de Minas 16-V-1922), as aggravantes do motivo frivolo e da superioridade em armas, reunidas, com o attenuante do exemplar comportamentte anterior. E' impossivel descortinar, na serie immensa das decisões sobre o assumpto, o criterio orientador da nossa jurisprudencia.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

rio, nos da Espanha e Portugal ellas se apresentam de modo bastante desenvolvido. Todas as circumstancias que podem levar a pena para o maximo ou para o minimo ahi são indicadas. O codigo italiano fascista adoptou identico systema.[7]). Elle enumera, no art. 61, as circumstancias aggravantes communs (11) e, no artigo seguinte, as attenuantes da mesma especie (8). E regula, com abundancia de dispositivos, a applicação dos aumentos e diminuições, bem como o concurso de circumstancias de uma e outra classe. A enumeração é taxativa, ao envez do que acontece no codigo espanhol, que permitte a ampliação analogica, em se tratando de attenuação, e do português, que, tambem nesse caso, se refere vagamente a "outras circumstancias que precedam, acompanhem ou sigam o crime, se enfraquecerem a culpabilidade do agente ou diminuirem por qualquer modo a gravidade do facto criminoso ou dos seus resultados (art. 39, 23a.)".

Na Europa, os modernos projectos de codificação penal são quasi unanimes em consignar, em formulas mais ou menos pormenorizadas, indicações tendentes a servir de guia aos juizes na applicação da medida da pena. O allemão (1930), por exemplo, o faz, no § 69, de modo assás perfeito. O suisso, mais synthetico, diz apenas: "Le juge fixera la peine, dans les limites légales, d'aprés la culpabilité, en tenant compte des mobiles, des antecédents et de la situation personelle du délinquant". O austriaco (1912) assim se expressa: "A pena deve ser fixada de accordo com a culpa e periculosidade do autor. Além disso, devem ser tomadas em consideração a natu-

---

7) O projecto Ferri continha o elenco das circumstancias de maior e menor periculosidade. Eram, como se observou, as antigas aggravantes e attenuantes. Em um dos projectos anteriores ao codigo Zanardelli — o de Mancini — já figuravam, em extensa lista, essas circumstancias.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

reza (*Beschaffenheit*) do facto, assim como as condições pessoaes e economicas do autor".

Dentre os codigos da America latina, merecem ser lembrados, a proposito, os da Argentina (arts. 40 e 41) e do Perú. Este, no titulo em que se occupa com a applicação judicial das penas, dá aos juizes a faculdade de fixarem a medida da pena que acreditarem necessaria, devendo mencionar na sentença os motivos da escolha. Preceitúa esse codigo que os juizes apreciem a culpabilidade e perigo do agente, tendo em conta as seguintes condições: a natureza da acção; o tempo em que ella foi praticada e o que houver transcorrido desde então; o logar, os instrumentos e os meios de que se houver feito uso; a perpetração tranquilla ou occasional; o motivo da execução e as circumstancias em que ella se tiver verificado; a unidade ou pluralidade dos agentes; o numero e importancia ou especialidade dos deveres infringidos; a difficuldade que houver para prevenir-se contra o facto punivel; a extensão do damno e do perigo causados; a edade, a educação, a vida pessoal, familiar e social do agente, anterior e posterior; sua situação economica e precedentes judiciaes e penaes; a qualidade dos motivos, honrosos ou excusaveis, e deshonrosos ou futeis, que o determinaram a delinquir; as emoções que o agitaram; sua participação maior ou menor no delicto; a reparação expontanea do damno; a confissão sincera, antes de ser o crime descoberto; e os mais antecedentes, condições pessôaes e circumstancias que conduzam ao conhecimento do caracter do delinquente.

O codigo argentino contém disposição quasi identica, accrescentando: "El juez deberá tomar conocimiento direto y de visu del sujeto, de la vitima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida por cada caso". Na exposição de motivos se fez esta curiosa observação:

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

"No podrá haber así penados que ignoren el juez que los jusgò".

O projecto brasileiro da sub-commissão legislativa prescreve, no art. 100, que, na fixação da pena, deve o juiz attender: 1.º, á personalidade do criminoso, ao perigo social que ella exprima e á categoria em que o deva classificar (arts. 41 a 43); 2.º, aos motivos que o determinaram; 3.º, á importancia de sua participação no crime; 4.º, á gravidade deste e á commoção social que tenha causado; 5.º, ao damno material e moral que tenha produzido. Em seguida, enumera uma longa serie de circumstancias attenuantes (16). Attenuando a pena, poderá o juiz diminuí-la até o minimo especifico ou substituí-la por outra mais branda (art. 104).

No art. 104, são indicadas as circumstancias aggravantes. A aggravação não póde exceder o maximo especifico da pena, salvo quando a lei determinar o contrario. Tem o juiz a faculdade de substituir a pena, se aggravada, dando-lhe execução rigorosa ou applicando a mais grave, no caso de penas alternativas. No concurso de aggravantes e attenuantes — dispõe o art. 109 — a pena se approximará do limite indicado pelas circumstancias preponderantes, e como taes sempre se qualificarão as que resultarem dos moveis do crime, da personalidade do criminoso e da reincidencia.

Não prima o systema organizado pelo projecto por simplicidade e clareza. A enumeração, taxativa ou com possibilidade de applicação analogica, é processo reconhecidamente defeituoso, insufficiente para demonstrar a perversidade do delinquente e individualizar a pena que se lhe deva impor. Cumular esse processo com o da enunciação de criterios geraes e amplos, como faz o projecto, é incorrer em supperfluidade ou complicar o que precisa ser simples e facilmente exequivel. Neste assumpto, o melhor e mais aconselhavel é que o legisla-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

dor se limite a estabelecer regras comprehensivas e claras que permittam aos magistrados apreciar devidamente todos os elementos relativos ao delicto e á pessôa do delinquente. Só assim se poderá conseguir uma satisfatoria individualização da pena.

III. — Vimos como se opéra, perante o codigo patrio, a fixação da pena. Exponhamos, *per summa capita,* como ella se verifica em face de algumas legislações estrangeiras. Bipartem-se ellas em dois grupos, conforme a maior ou menor liberdade deixada aos juizes no desempenho dessa tarefa. No codigo italiano de 1889, a acção discrecionaria dos juizes era nimiamente restricta. Repudiou elle o systema de gráus. As penas eram indicadas por quotas fixas ou fracções proporcionaes dessas quotas. Isto, não só em relação a cada um dos crimes, mas tambem relativamente ás causas de aumento ou diminuição. Exemplificando: A pena de reclusão se estendia de tres dias a vinte e quatro annos (art. 13). O crime de lesão pessoal, definido na primeira parte do art. 372, era punido com uma quota dessa pena — um mez a um anno. Se esse crime era commettido com armas insidiosas, com qualquer arma propriamente dita ou com substancias corrosivas, a pena era aumentada de um sexto a um terço. Dentro da escala estabelecida pela lei, tinha o juiz de achar a pena applicavel ao caso; e a ella accrescentar a porcentagem da aggravante. Se, em vez desta, occorria uma attenuante (*exempli gratia,* o excesso de fim previsto no art. 374), a pena achada soffria a correspondente diminuição. Na hypothese de concurso de causas de aumento ou diminuição, calculavam-se primeiramente as de aumento (menos a reincidencia) e depois as de diminuição. Em ultimo logar, em

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

ordem progressiva, tomavam-se em consideração as circumstancias da edade, do estado de mente, as attenuantes genericas e a reincidencia. As attenuantes genericas, cuja concessão era faculdade outorgada aos julgadores, produziam nas penas a diminuição de um sexto. A do ergastulo era substituida por reclusão de 30 annos.

Ao legislador italiano se irrogou a justa censura de obrigar os juizes, na commensuração da pena, a partirem de uma hypothese que não correspondia á realidade, uma simples phantasia — o crime despido de suas circumstancias aggravantes e attenuantes. [8]).

Digna de reparo a estreiteza da escala das penas nesse codigo. Em parte alguma ella se mostra mais visivel do que no capitulo do homicidio: o homicidio simples era punido com reclusão por 18 a 21 annos (tres annos apenas entre o minimo e o maximo!) ; o aggravado, exemplificando, pela circumstancia do emprego de substancias veneficas, com a mesma pena por 22 a 24 annos (dois annos tão sómente de intervallo!). Com o methodo das "chaves mathematicas", de que esse codigo usava, ficava a acção dos juizes, na fixação da pena, imménsamente circumscripta.

O codigo fascista tomou direcção muitissimo differente. Dispõe elle que, nos limites fixados pela lei, o juiz applica a pena discrecionariamente, devendo apenas justificar o uso que tenha feito desse poder. Entre o maximo e o minimo, tem o juiz liberdade de acção. O espaço que medeia entre esses dois extremos é, em geral, de grande amplitude. No homicidio simples, por exemplo, a pena (reclusão) vae de quinze dias (minimo generico) a vinte e um annos. No culposo, de seis mezes a cinco annos. Foi inteiramente abandonado o methodo das quotas proporcionaes.

---

8) Rosesnfeld, na *Vergeichende Darstellung*, A. T., III, pg. 117.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Conservou o codigo espanhol de 1928 o systema de gráus, dividindo-os em tres — minimo, medio e maximo. Mas esses gráus não eram fixos. Assim, se a pena privativa da liberdade ía de oito a vinte annos, o minimo era de oito a doze annos, o medio de doze a dezesseis e o maximo de dezesseis a vinte. [9]). O de 1932 não se afastou desse precedente. A pena de reclusão maior — por exemplo — que vae de vinte annos e um dia a trinta, tem o minimo de vinte annos e um dia a vinte e tres annos e quatro mezes, o medio de vinte e tres annos, quatro mezes e um dia a vinte e seis annos e oito mezes e um dia, e o maximo de vinte e seis annos e quatro mezes a trinta. Gozam, pois, os tribunas, em cada gráu, de uma certa liberdade de acção. [10]).

As legislações européas que mais vasto campo deixam á autonomia do juiz, no desempenho da delicada missão de fixar a medida da pena, são a inglêsa e a hollandêsa. Ambas desconhecem minimos especiaes. [11]). Por isso não precisam recorrer ao expediente das circumstancias attenuantes genericas. Em nosso continente essa orientação encontrou franca adhesão no codigo peruano. As penas privativas da liberdade ahi têm uma grande latitude. O juiz não está adstricto á mechanica das circumstancias attenuantes e aggravantes taxativamente determinadas.

Processo ainda mais simples vae sendo adoptado: o de não se mencionarem, na parte especial, os limites da pena applicavel a cada caso. São elles os geraes. O pro-

---

9) Asúa e José Antón Oneca, *Derecho penal conforme al código de 1928*, I, pag. 535.

10) C. Calón, *Exposición del cód. pen. reformado de 1932*, pag. 75.

11) O codigo do cantão de Schwitz, na parte especial, em regra, só menciona os maximos. Tambem supprimia os minimos especificos o projecto allemão dos quatro professores.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

jecto allemão de 1930 nos offerece abundantes exemplos disso. Encontramo-los tambem, em menor numero, no elaborado para o nosso país pelo desembargador Sá Pereira. [12]). Este projecto, seguindo modelos alienigenas, permitte, em casos especialmente leves, que o juiz se abstenha de qualquer pena. [13]). Nelle vemos tambem por vezes adoptada a alternatividade das penas. [14]). Tudo

---

12) Assim na lesão corporal simples (art. 182), no homicidio culposo (art. 165), no aborto provocado pela propria mãe (art. 170), na inexecução culposa de contractos de fornecimento militar em tempo de paz (art. 385), na espionagem militar em tempo de paz (art. 389), etc.

13) O art. 103 assim dispõe: "Nos casos em que expressamente se permittir a livre attenuação da pena, nem ao genero, nem ao minimo especifico da mesma estará adstricto o juiz, mas não poderá transpôr o minimo generico da pena que applicar. Motivando a decisão, poderá, entretanto, abster-se de qualquer pena nos casos levissimos, punidos sómente com multa ou com detenção por menos de um mez".

14) Um exemplo: "Art. 178. — Punir-se-á com detenção ou multa aquelle que tomar parte em rixa, salvo se o fez para repellir ataque ou separar os combatentes". A rixa é nas legislações modernas uma figura autonoma de delicto. Assim a considera o proprio codigo italiano, actualmente em vigor, o qual renegou a idéa da cumplicidade correspectiva. O dispositivo que transcrevemos teve como fonte o art. 120 do projecto suisso. A phrase (aliás pouco feliz) "repellir ataque" foi mutuada do codigo peruano (art. 169). O codigo norueguês declara não punivel o participante, se elle tiver sido arrastado, contra sua vontade, a tomar parte na rixa ou nella se tiver envolvido para proteger alguem de um ataque ou para pôr fim á luta (§ 384). O allemão isenta o participante de responsabilidade se, sem culpa (*ohme sein Verschulden*), elle houver entrado na rixa (§ 227). Alguns codigos e projectos não contêm a clausula de isenção da punibilidade. Na exposição de motivos do projecto checo-eslovaco se observou que essa clausula era superflua, pois, segundo os principios geraes, a comparticipação na rixa, para incidir em pena, precisava ser culposa (em sentido amplo). Perante algumas legislações, a rixa só é punida se della resultam lesões graves ou morte (cod. allemão, art. 227; norueguês, § 384; peruano, art. 169; polaco, 240, etc.). O uso de armas perigosas em uma rixa é por alguns codigos (norueguês, polaco, etc.) punido com penas especiaes. Literatura sobre este interessante assumpto: Loeffler, *Vergleichende Darstellung*, B. T., V, 311 e segs; Radbruch, *Reform*, 1926, 318; Reuter, *Der Raufhandel;* Altavilla, *Delitti contro la persona*, 2.ª ed. Milão, pag. 154; v. Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*. § 92.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

isso demonstra o influxo da idéa moderna de conceder-se aos juizes, na applicação das penas, amplo poder discrecionario.

Pensam alguns que, nessa direcção, já se chegou aos ultimos limites. Pretendem outros reforma ainda mais radical — a abolição da medida penal. São os partidários da pena indeterminada. Essa indeterminação perfeitamente se justifica no dominio das medidas de segurança. [15]).

15) O codigo italiano (Mussolini-Rocco), onde o assumpto se acha regulado de modo assás systematico e completo, as medidas de segurança detentivas só têm prefixado o minimo. No projecto brasileiro é por tempo indeterminado o internamento do inimputavel (art. 158). O das pessôas de imputabilidade restricta tem o maximo de dois annos (art. 160). O dos incorrigiveis, profissionaes ou perigosos, o de tres. A fixação prévia do tempo de duração, minimo ou maximo, das medidas de segurança detentivas não se coaduna com a natureza e finalidade desse instituto.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 63 — A tentativa do crime a que não estiver imposta pena especial será punida com as penas do crime, menos a terça parte em cada um dos gráus.

I. — O principio da menor punibilidade da tentativa, que o codigo consagra no artigo supra, tem sido vivamente atacado em nossos dias pelos escriptores que consideram como predominante, nessa modalidade do crime, o elemento subjectivo. Como esse elemento é identico tanto no crime tentado como no consummado, entendem elles que não ha razão plausivel para a differença de penalidade.

Se alguma cousa se podia dizer assentada na teoria da tentativa era que a esta devia ser imposto castigo mais benigno. A doutrina da equiparação, que, sob a influencia do espirito terroristico da época e dos ensinamentos de Filangieri, o codigo francês esposára, havia encontrado geral e expressiva repugnancia. Os positivistas italianos, partindo do dogma fundamental de sua escola de que não se deve punir o facto delictuoso, mas o individuo que o pratica, conforme a temibilidade ou periculosidade por elle demonstrada, sahiram a sustentar a idéa da parificação, argumentando que essas qualidades podiam ser identicas na tentativa e no crime levado á consummação. Ferri ponderou que não havia motivo algum para fazer reverter em beneficio do delinquente a circumstancia, involuntaria e fortuita, de não ter sido attin-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

gida, no *iter criminis*, a meta desejada.[1]). Garofalo, asseverando que o perigo manifestado pela tentativa era egual ao do crime consummado, não existindo, portanto razão alguma para se applicar á primeira repressão mais branda, concluiu: "O la probabilità del delitto é cosí grande da non potersi ragionevolmente dubitare che esso sarebbe avvenuto se l'azione non fosse stata interrotta da una forza esterna, — o vi ha una grande probabilità contraria, cioè di volontaria desistenza prima dell'ultimo atto neccessario alla consumazione. Nel primo caso "pericolo identico" a quello del reato perfetto; nel secondo "pericolo dubbio", quindi nessun diritto sociale di repressione".[2]).

Nem todos os sequazes da referida escola, porém, estão de accordo com a alludida parificação. Florian é um dos que della se divorciam nesse ponto. Eis como elle se exprime: "Siamo fautori della minore punibilità del tentativo in confronto del reato consumato, perchè, a parte il minor danno derivante dal risultato materiale rimasto incompleto, abbiamo una meno energica volontà criminosa. Poichè l'esecuzione del reato non procedette in seguito a causa esterna, evidentemente noi ignoriamo se quella volontà avrebbe raggiunta il risultato materiale delittuoso, o se non si sarebbe arrestata o pentita. Una presunzione, nel primo senso, che conduca, quindi, ad aplicare pena eguale che al reato consumato sarebbe altretanto ingiusta e gratuita, che una presunzione nel secondo senso, la quale condurrebbe all'impunità del tentativo".[3]).

Criminalistas de fama mundial, não filiados á escola positiva italiana, tambem se têm externado favoravel-

---

1) *La sociologia criminale* (4.ª ed.), pag. 703 e segs.

2) *Criminologia*, pag. 277.

3) *Trattato di dir. penale*, I, pag. 273.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

mente á doutrina da equiparação, v. Lisz, [4]) Prins [5]) e Saleilles [6]) pertencem a esse numero. Na assembléa do grupo allemão da União Internacional de Direito Penal, em Bremen (1902), o professor Hermann Seuffert sustentou que com os objectivos visados pelo direito penal hodierno não se harmonizava a idéa de punir a tentativa menos severamente do que o crime consummado. [7]). Esse grupo approvou a seguinte resolução: "A pena de tentativa deve ser em principio a mesma do crime consummado, salvo ao juiz uma limitada faculdade de reducção". [8]).

Não ha contestar que, abraçada a idéa de ser o lado subjectivo da tentativa o de maior valor e decisivo, é rigorosamente logica a opinião que propugna a egualdade da repressão. Ella obteve na Allemanha um passageiro triumpho, acolhida, como foi, pelo projecto de 1925. [8-a]). Mas os posteriores a repudiaram.

O principio da assimilação vigora em França, [9]) mas quanto ás penas relativas, com a modificação resultante da possibilidade de serem admittidas circumstancias attenuantes, o que dá em resultado serem aquellas mitigadas. Esse principio foi conservado no projecto de reforma de 1932 (art. 105). Dos codigos do ultimo quartel do seculo XIX só o finlandês (cap. IV, § 1) o esposou. Nenhum dos codigos cantonaes da Suissa, apesar da variedade que nelles se observa, segue o systema fran-

---

4) *Strafrechtliche Aufsaetze u. Vortraege*, II, 377 e 392.

5) *Science pénale et droit positif*, 147.

6) *Individualisation de la peine*, pag. 201.

7) *Mitteilungen de IKV*, IX, pag. 108.

8) *Mitteilungen*, X, 508.

8-a) Veja-se a nota 10-b.

9) E tambem na Austria (cod. penal, § 8); mas, em se tratando de crime, é o facto de ter o mesmo ficado na phase da tentativa circumstancia attenuante (§ 47-a). Na Russia (cod. de 1927) as mesmas sancções recaem sobre a preparação, a tentativa e a consummação (Maurach, na *Zeitschrift* de v. Liszt, XLVIII, 353).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

cês.[10]). O da Noruega estabelece a regra da menor punibilidade da tentativa; mas permitte a applicação do maximo da pena comminada para o crime consummado, quando ella tiver produzido consequencias que, se voluntarias, justificariam o emprego de pena tão rigorosa (§ 51). O de Portugal tambem reprime a tentativa mais brandamente do que o crime consummado (arts. 104 e 105). O da Turquia (1926) distingue dois casos: o da tentativa de crime (§ 61) e o da tentativa de delicto (§ 62). Para as penas de reclusão por toda a vida e expulsão perpetua, designa a pena, reduzida, a ser imposta; para as demais penas, adopta uma escala — metade até dois terços; e, respectivamente, um sexto a um terço. O moderno codigo italiano assim dispõe: "Il colpevole di delitto tentato è punito: con la reclusione da ventiquattro a trenta anni, se dalla legge é stabilita per il delitto la pena di morte; con la reclusione non inferiore a dodici anni, se la pena stabilita è l'ergastolo; e, negli altri casi, con la pena stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi". No codigo anterior, a diminuição variava, sendo maior no delicto tentado do que no frustado. Essa differença desappareceu. O codigo polaco prescreve que os tribunaes infligirão a pena, no caso de tentativa, nos limites fixados pela lei para a respectiva infracção. E' o principio da equiparação. Um systema mixto segue o direito inglês: a tentativa de crime (*felony*) é punida como delicto (*misdemeanor*) consumado, portanto com pena menor. A tentativa de *misdemeanor* soffre em geral (nem sempre) pena mais branda. Simplesmente facultativa é no codigo japonês a mitigação da pena da tentativa.

Nas legislações sul-americanas impera o principio da diminuição obrigatoria da pena. O codigo do Perú,

---

10) **Hafter, *Lehrbuch*, 198.**

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

quando esta é de internamento, manda substituí-la por outra mais branda (penitenciaría ou relegação de dez a vinte annos). Com relação a outras penas, distingue elle entre o delicto falho e a tentativa propriamente dita. No primeiro caso, póde o juiz applicar o maximo da pena estabelecida para o crime consummado; no segundo, a reducção (de um terço até metade) é obrigatoria.

O do Uruguay assim preceitúa (art. 87): "El delito tentado será castigado con la tercera parte de la pena que correspondería por el delito consumado, pudiendo ser elevada hasta la mitad, a arbitrio del Juez, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y la peligrosidad del agente". [10-a]).

Vejamos como o assumpto vae sendo regulado nos modernos projectos. Os suissos estabelecem a attenuação facultativa no caso da chamada tentativa acabada (delicto falho) e a obrigatoria no da tentativa inacabada. Os allemães, com excepção do de 1925, dispõem que

---

10-a) Na exposição de motivos do projecto desse codigo se diz que elle obedece a um systema intermediario entre os dois methodos que dividem a doutrina.

Vale a pena trasladar para aqui o seguinte trecho em que se procura justificar a preferencia dada á solução intermedia: "Es quizá el sistema que mejor se ajusta a las exigencias de la defensa social, porque permite valorar la peligrosidad del agente, habilitando al Juez para aumentar o disminuir la pena. Este es el punto de vista en que se colocan algunos escritores positivistas, entre otros Florián. La asimilación que pretenden Puglia e Garófalo, importa una exageración aún dentro mismo de los cánones de su escuela, porque el apartamiento involuntario del delito, acusa en general una falta en la inteligencia o en la voluntad, reveladora de una menor paligrosidad.

La graduación que preconiza la Escuela Clásica fundada en el desenvolvimiento de la lesión jurídica, prescindiendo en absoluto del delinquente, sobrepone la lógica a la realidad. Lo más acertado, es por eso, dejar cierta latitud al juez para amoldarse a las circunstancias pero sin llegar nunca a la asimilación que es un error, no sólo por la razón apuntada, sino porque el hecho de haberse atraído sobre si el máximum de la penalidad, constituye para el delincuente un motivo para persistir en la ejecución del delito".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

a tentativa deve ser punida mais levemente do que o crime consummado.[10-b]). E' essa a solução que se nos depara no suéco, elaborado por Thirén, e no grego. O francês de 1893 tambem a preferia.

Em nosso país, o projecto Galdino equiparava, quanto á pena, a tentativa com a consummação. O da subcommissão legislativa (Sá Pereira, revisto) assim dispõe: "A pena da tentativa é a do crime consummado, poderá ser attenuada, quando não se tratar de reincidencia ou criminoso por indole (art. 5).[11]).

Da resenha que acabamos de fazer se póde concluir que a teoria da mitigação da pena é ainda a mais suffragada. Contra a da identidade de punição se levanta a censura de exagerado subjectivismo.[12]). Como não é razoavel desprezar a circumstancia, sem duvida assás importante, de não se haver produzido o resultado que o delinquente tinha em mira, parece-nos que o mais acertado é estabelecer, como regra, a menor punibilidade da tentativa, deixando aos tribunaes o poder de elevar a pena até o maximo comminado ao crime consummado.

10-b) A victoria do nacional-socialismo imprimiu novo rumo aos trabalhos da codificação penal. Era preciso organizar todo o direito penal sobre outras bases. Segundo as novas idéas, é a vontade de praticar o injusto (*Unrecht zu tun*) que constitue o inimigo a ser combatido e vencido pelo direito penal. Por isso a este se dá (desde Freisler) o nome de direito penal da vontade (*Willensstrafrecht*). Mui logicamente, não havendo qualquer differença, quanto ao elemento subjectivo da vontade, entre a tentativa e a consummação, deve o autor ser punido com a mesma pena, tanto em um caso como noutro. Perde toda importancia e distincção tradicional entre as duas phases do crime. O direito penal nazista equipara, quanto á punição, o crime tentado ao consummado. Vejam-se *Nationalsozialistisches Strafrecht* (*Denkschrif d. preussischen Justizministers*), pag. 124; Gleispach, no *Handwoerterbuch der Kriminologie*, s. v., *Willenstrafrecht*.

11) O do prof. João Vieira (art. 59) e o da Camara dos deputados (art. 54) reproduziram o dispositivo do codigo vigente.

12) Leia-se a respeito v. Bar, *Gesetz und Schuld*, II, § 294.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Só em casos de rara gravidade se justificará a imposição da pena do crime consummado. [12-a]).

Quanto á maneira como se effectua a minoração da pena, diversificam bastante as legislações. Algumas, exemplificando, as dos cantões de Argovia e Valiais, fixam um limite determinado (1/2, 3/4 da pena comminada ao crime consummado). Outras (como as de Friburgo e Neuchatel) organizam um quadro especial dentro do traçado para o caso de consummação (1/4 a 3/4; 1/2 a 1/3, etc.). O codigo italiano, na hypothese de penas detentivas temporarias, manda diminuir de um a dois terços. Os codigos que adoptam o systema de gráus fazem a attenuação consistir no desconto de um, dois ou tres delles. Pertencem a esse grupo o espanhol, o chileno, o uruguayo, etc. O nosso reduz de um terço cada um dos gráus de pena que tocaria ao delicto consummado. Todos esses methodos são antiquados e indefensaveis. Mais perfeito e de accordo com a sciencia de nosso tempo é o das legislações que deixam ao juiz a liberdade de escolha da pena applicavel á tentativa, em cada caso concreto, dentro dos extremos fixados para o crime consummado; permittindo-lhe, excepcionalmente, descer abaixo do minimo e empregar uma pena mais branda de outra classe. Modelar a proposito o § 35, I do codigo do cantão de Zuerich.

II. — O artigo que commentamos falla em "tentativa, a que não estiver imposta pena especial". Em

---

12-a) O dec. n. 20. 930, de 11 de janeiro de 1932, que fiscaliza o emprego e o commercio das substancias toxicas intorpecentes, regula a entrada no país, de accordo com a solicitação do comité Central Permanente de Opio da Liga das Nações e estabelce pénas, insere o seguinte dispositivo, que nos abstemos de analysar: "Nos casos previstos neste decreto (e não são poucos), a tentativa é equiparada ao crime consummado, cessando, quer para os effeitos da pena, quer para os do processo, toda distincção entre crime e contravenção (art. 38)".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

alguns casos, arvora o legislador meros actos de tentativa em delictos *sui generis*. Exemplos disto encontramos nos arts. 87, princ., 107, 108, 115, §§ 1 a 3, 127 e 128, § 2.º deste codigo. [12-b]). Para os crimes definidos nesses dispositivos e noutros semelhantes indicam-se penas especiaes. E' obvio que ellas não são sujeitas á diminuição. Nem se fazia mistér dizê-lo. [13]).

12-b) Outro exemplo typico encontramos no art. 21.º da lei de segurança nacional (4 de abril de 1935): "Tentar, por meio de artificios fraudulentos, promover a alta ou baixa dos preços de generos de primeira necessidade, com o fito de lucro ou proveito. Pena — De 6 mezes a 2 annos de prisão cellular". E' a figura do dardanariato e monopolio dos antigos romanos (l. 6, D. *de extrord. crim.*, XLVII, 11; 1. 2 *de ann.* XLVIII, 12; Cod. *de monop.*, IV, 59, *est. uni.*), que as legislações de nosso tempo, em geral, mencionam no capitulo do estellionato e que, no moderno codigo italiano (art. 501) e no projecto nazista, apparece como crime contra a economia publica. Não foi feliz o legislador brasileiro. Limitou demasiadamente o conceito do crime (que os italianos, com expressão pouco adequada, denominam "aggiotaggio"). Não estabeleceu, para a hypothese de attingir a tentativa a *meta optata* — a alta ou baixa dos preços — pena mais grave. Tratando-se de crime praticado com o fito de lucro, não impoz a pena de multa. Tinha o nosso legislador um bom modelo no vigente codigo da Italia. O projecto de novo codigo penal, para o nosso país, ora em estudo, não cogita da especie.

13) Hafter, *ob. cit.*, pag. 195.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 64 — A cumplicidade será punida com as penas da tentativa e a cumplicidade da tentativa com as penas desta, menos a terça parte. Quando, porém, a lei impuzer á tentativa pena especial, será applicada integralmente essa pena á cumplicidade.

I. — A posição secundaria que, consoante a doutrina do codigo, assume sempre a cumplicidade na realização do crime explica a menor punição estabelecida na primeira parte do artigo supra. Ao cumplice manda esse dispositivo que se applique a pena da tentativa, que, como já vimos, é a do crime consummado menos um terço em cada um dos gráus. Se a cumplicidade fôr em tentativa, applicavel será a pena desta, com deducção da terça parte.

A idéa de pôr em correlação a cumplicidade com a tentativa, quanto á pena, é antiga (cod. de 1830, art. 35) e apparece em varias legislações.[1]). A propria natureza de ambas a justifica.[2]).

A obrigatoriedade da mitigação da pena em favor dos cumplices, sanccionada pelo codigo patrio, é principio que a mór parte das legislações consagra. A differença que entre ellas se nota está em que umas adoptam

---

1) Entre ellas figuram as da Allemanha, Hollanda, Hungria, Portugal, Uruguay, etc.

2) Birkmayer, *Vergleichende Darstellung*, A. T., II, 152.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

um modo especial de fazer a minoração da pena, outras entregam essa tarefa ao prudente arbitrio dos juizes. A mitigação facultativa, que permitte aos tribunaes imporem, nos casos em que a perversidade ou periculosidade do cumplice se emparelha com a do autor — o que ás vezes acontece — a mesma pena a este applicavel, é, no entender de muitos, o systema preferivel. Vemo-la no projecto suisso, que assim se expressa: "La peine pourra être attenuée á l'égard de celui qui aura intentionellement prêté assistance pour commettre un délit". E no codigo peruano (art. 102): "El juez podrá disminuir la pena del cómplice hasta en una tercera parte de la represión que imponga al autor del hecho punible".

O principio de rigorosa egualdade penal entre os cumplices e os autores, que vigora no codigo francês (art. 59), está em absoluto condemnado.[3]). Os proprios systemas juridicos que não distinguem entre autores e cumplices, fundados na doutrina da equivalencia objectiva das forças causaes do crime, são obrigados, com sacrificio da logica, a permittir a menor punição de alguns dos participantes do facto delictuoso. O codigo norueguês, por exemplo, dispõe que, se a cooperação de uma das pessoas fôr de pouca importancia, em relação com a das outras, poderá a pena ser imposta abaixo do minimo ou ser commutada em outra de categoria mais branda (§ 58). O italiano em vigor, no art. 114, outorga ao juiz a faculdade de diminuir a pena "qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato abbia avuto minima importanza nella preparazione o esecuzione del reato". E' uma verda-

---

3) Sobre o verdadeiro sentido do art. 59 citado, artigo tão malsinado pelos proprios escriptores francêses (como, por exemplo, Chauveau e Hélie), leia-se Roux, *Cours de droit penal*, pag. 266.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

deira derogação ao principio da equivalencia das condições, perfilhado pelo codigo.[4]). O projecto brasileiro (Sá Pereira, antes e depois da revisão), estabelece como criterio para a fixação da pena a importancia da participação (arts. 29 e 100, III). Assim sendo, a cooperação de menos importancia — a antiga cumplicidade — virá a soffrer punição mais benigna, a arbitrio dos julgadores. Um codigo que considera todos os participantes do crime como autores, que assim os nivela, attribuindo-lhes a mesma qualidade, não póde pretender, sem patente incongruencia, que os juizes façam distincções, baseando-se em uma maior ou menor importancia da comparticipação.

II. — De conformidade com o que dispõe a segunda parte do artigo supra, não se dá a minoração da pena, se a cumplicidade se refere a uma tentativa punida com pena especial. Não continha o codigo da monarchia preceito semelhante. Como já tivemos ensejo de assignalar, varias vezes é a tentativa qualificada como delicto *sui generis*, comminando-se-lhe pena especial. O cumplice em taes infracções não é favorecido com uma diminuição da pena; soffre-a integralmente. Levou o legislador patrio demasiadamente longe a equiparação da cumplicidade á tentativa, no tocante á respectiva punibilidade. Adquirindo a tentativa caracter de crime autonomo, logico era que, como em outro qualquer crime, fosse a cumplicidade beneficiada com a attenuação da pena.

---

4) Florian, *Trattato*, part. gen., II, pag. 701. G. Guarnieri. *Il concorso di più persone nel reato secondo le dottrine della causalità e dell'accessorietà* (*Scuola Positiva*, 1936, pag. 160 e segs.), pondo em destaque o desvio da doutrina condicionalista que o art. 114 representa, pergunta: "È allora risorta la tanto denegata distinzione tra concorso principale e concorso secondario?

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O decreto n.º 5.476, de 9 de dezembro de 1929, copiando o art. 168 da lei de fallencias anterior, declara que as regras da cumplicidade estabelecidas neste codigo se applicam, em toda a extensão e effeitos, no caso de fallencia fraudulenta (art. 169, § unico). A pena dos cumplices nesse crime se mede, pois, de accordo com o artigo que commentamos.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 65 — Quando o delinquente fôr maior de 14 e menor de 17 annos, o juiz lhe applicará as penas da cumplicidade.

I. — O artigo supra, que deu azo a uma interessante questão, qual a de saber-se que pena devia ser applicada ao menor de 17 annos e maior de 14, quando elle fôsse simplesmente cumplice, está hoje revogado. A criminalidade (como ainda se diz) da infancia e da juventude acha-se presentemente disciplinada pelo Codigo de menores.

Prevê esse diploma, em seu art. 71, a hypothese de ser imputado crime, considerado grave pelas circumstancias do facto e condições pessoaes do agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 annos de edade ao tempo da perpetração e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral; e manda applicar o artigo supra. Entendeu o legislador, e muito razoavelmente, que, tratando-se de individuo pervertido e perigoso, accusado de crime grave, não offerecia o regime puramente educativo probabilidades de resultado proveitoso. E por isso sujeitou o autor do facto ao repressivo, reduzindo, porém, a pena commum e tornando-a indeterminada, menos quanto ao seu maximo, que não póde exceder o da lei. Em um estabelecimento para condemnados de menor edade deverá a pena ser cumprida. Não em simples escola de preservação ou de reforma, mas em estabelecimento especial. Onde elle

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

não exista, irá o condemnado para uma prisão commum, ficando separado dos reclusos adultos. A soltura do condemnado (excluida a hypothese de ser attingido o maximo legal da pena) sómente póde ser concedido após a regeneração. Dí-lo incisivamente a phrase — "onde permanecerá até que se verifique sua regeneração". E' inapplicavel, pois, ao caso, além da liberdade vigiada, a medida do livramento condicional. Não se venha arguir que assim fica essa classe de delinquentes injustamente privada desses dois beneficios. Em suas proprias mãos tem o condemnado o meio de libertar-se da pena.

E' o juiz da execução — o proprio juiz da condemnação — o competente para decidir acerca da regeneração. E não deverá fazê-lo sem audiencia do Conselho Penitenciario. [1]).

---

1) O dr. Melchiades Picanço, em bem lançado artigo, que a *Revista dos Tribunaes de São Paulo*, vol. XCVI, p. 44, reproduziu, chegou á conclusão que diverge de nossa opinião relativamente á concessão do livramento condicional. A seu ver, essa medida se applica tambem aos condemnados a que se refere o art. 71 do Codigo de menores.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 66 — Na applicação das penas serão observadas as seguintes regras:

§ 1.° — Quando o criminoso fôr convencido de mais de um crime, impor-se-lhe-ão as penas estabelecidas para cada um delles;

§ 2.° — Quando o criminoso tiver de ser punido por dois ou mais crimes da mesma natureza, resultantes de uma só resolução contra a mesma ou diversa pessôa, embora commettidos em tempos differentes, se lhe imporá a pena de um só dos crimes, mas com o aumento da sexta parte.

§ 3.° — Quando o criminoso, pelo mesmo facto e com uma só intenção, tiver commettido mais de um crime, impor-se-lhe-á no gráu maximo a pena mais grave em que houver incorrido.

§ 4.° — Se a somma accumulada das penas restrictivas da liberdade, a que o criminoso fôr condemnado, exceder de 30 annos, se haverão todas as penas por cumpridas, logo que seja completado esse prazo.

I. — Nos derradeiros artigos estabeleceu o codigo as regras concernentes á applicação da pena para o caso de um unico crime. No que acima se lê regula essa applicação relativamente á hypothese de dois ou mais crimes, praticados pelo mesmo individuo. Trata-se nesse dispositivo do chamado *concursus delictorum.* [1]).

---

1) O problema do *concursus delictorum* consiste em saber como se deve proceder em relação ao individuo que, com o seu modo

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Sóe esse concurso ser dividido em real ou material (*successivus*) e ideal ou formal (*simultaneus*), conforme a pluralidade de crimes se origina de varias acções ou de uma só. Entre os casos typicos da segunda especie

---

de agir, viola diversas leis penaes ou varias vezes a mesma lei. Como casos dessa ordem são frequentes, todos os systemas juridicos sentiram e sentem a necessidade de com elles se preoccupar. No direito romano o concurso de crimes era encarado sob o ponto de vista processual, de maneira que cada crime devia ser objecto de uma acção e de uma pena. Só no periodo imperial se admittiu a possibilidade de uma pena unica para certos casos de pluralidade de infracções. O conceito de que varios crimes, resultantes de uma mesma acção, devessem ser punidos com a pena mais grave, absorvendo esta as menores, foi completamente desconhecida desse direito. Foram os criminalistas italianos e espanhoes do seculo XV e XVI, especialmente Julio Claro, Farinacio e Covarruvias, que trataram, de modo mais desenvolvido e scientifico, da concorrencia de crimes, differenciando-lhe as especies. No direito canonico teve a mais larga applicação o systema da cumulação, consoante o principio expresso nas Decretaes (liv. V, 37, 1, de *poenis*): "ea, quae frequenti praevaricatione iterantur, frequenti sententia condemnentur". No antigo direito germanico, prevalecia o mesmo principio, adoptando-se excepcionalmente, o da absorpção. O que não passava de excepção se transformou, com o correr dos tempo, em regra geral, que se concretizou no aphorisma — punitur solum modo delinquens poena majoris. Para isso grandemente contribuiu, aumentando o numero dos casos em que as penas se haviam como incompativeis, o criminalista saxonico Carpzov. A sua doutrina, dentro de meio seculo, imperava em toda a Allemanha; e contra ella foi impotente a reacção de Leyser e Boehner, em prol do principio da accumulação. Coube a Koch o merito de haver estabelecido a doutrina da concorrencia, não como a escola carpzoviana sobre a compatibilidade ou incompatibilidade das penas, mas sobre a unidade ou pluralidade das acções, revivendo assim os ensinamentos dos antigos praticos italianos. Grolmann, Kleinschrod, Feuerbach e seus continuadores desenvolveram as idéas de Koch, procurando delimitar com a maior nitidez as varias categorias do *concursus delictorum*. Só modernamente surgiu um movimento tendente á simplificação dese instituto mediante a fusão dos dois typos da concorrencia — o ideal e o real — em um só.

Na Italia, sem embargo do muito que fizeram os jurisconsultos da época denominada do predominio néo-latino, continuou a materia sujeita a muitas dubiedades (*tentennamenti*, diz Meccaci), até o seculo XIX.

Na jurisprudencia francêsa, antiga e intermedia, oscillavam as opiniões entre os dois principios applicaveis á concorrencia de crimes. Triumphou o da obsorpção. O art. 365 do codigo de ins-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

podem ser lembrados, como exemplos, o do individuo que, com uma palavra injuriosa offende varias pessôas (concurso ideal homogeneo) [2]) e do que, lançando um projectil, damnifica uma cousa alheia e fere uma pessôa

---

trucção criminal preceitúa: "En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée".

O projecto de revisão do codigo penal reaffirma essa regra tradicional (art. 109).

O nosso codigo criminal acolheu, em seu art. 61, o principio da accumulação das penas. E, para o caso de não poderem ser impostas uma depois da outra, mandava applicar o gráu maximo da pena do crime maior. Em logar da pena de morte, devia ser imposta a de galés perpetuas. Com toda razão foi o systema desse codigo acoimado de erroneo e injusto. Tambem o actual, em sua forma primitiva, foi alvo de acerrimas censuras, principalmente por parte de Carvalho Durão. A noção do crime continuado resentia-se de imperdoaveis senões. Não tardou que o legislador o emendasse.

A lei de de imprensa, em seu art. 23, entrega a graduação das penas estabelcidas nos arts. 10, 11, 13 e 14, ao arbitrio do tribunal. No paragrapho unico accrescenta: "Nos demais crimes observa-se-á o criterio fixado nos arts. 62 e 66 da Consolidação das leis penaes". Não é sem razão que se têm assacado a essa lei os peiores epithetos.

2) Galdino Siqueira, repetindo a opinião de Escorel, entende que o codigo patrio não cogita do concurso ideal homogeno. E estriba-se na phrase — "a pena *mais grave* em que houver incorrido". Para elle, se o individuo, com um mesmo facto, viola duas ou mais vezes a mesma norma, verifica-se um concurso real de crimes. E' até certo ponto tambem a opinião de Impallomeni, em face do codigo de seu país (*Istituzioni di dir. pen.*, 459). Não podemos compartilhar o modo de ver do illustre commentador de nosso codigo. Para o concurso real são indispensaveis duas ou mais acções, o que não occorre na hypothese figurada. Na Allemanha, deante do § 73 do codigo penal, que assim se exprime — mehere Strafgesetze verletzt (viola varias leis penaes), se levantou a questão de saber se á concorrencia ideal homogenea devia ser applicado o referido §. A opinião dominante responde affirmativamente (Frank, *Das Strafgesetzbuch*, § 73, III, 3). v. Liszt e outros enxergam no caso um crime unico (*Lehrbuch*, § 56). v. Buri, um concurso real, por existir mais de uma causalidade. v. Hippel observa que é incongruencia admittir a concorrencia real homogenea e negar a ideal da mesma especie (*Deutsches Strafrecht*, II, 520). Para Binding, sendo a unidade da acção o motivo determinante (*privilegirende Moment*) da applicação á concorrencia ideal do principio *poena major absorvet minorem*, é absurdo excluir essa applicação por não diversificarem os crimes concorrentes. Absurdo tambem se lhe antolhá que haja o legislador regulado do mesmo modo os dois casos do concurso real e

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

(concurso ideal heterogeneo). O concurso ideal se póde dar com quaesquer especies de crimes, dolosos ou culposos,[2-a]), commissivos ou omissivos, simples, permanentes, collectivos ou continuados. A mesma acção póde constituir delicto *a se* e ser ao mesmo tempo participação em um ou mais delictos de outrem.[3]).

Principio dominante em materia de concurso ideal, no que respeita á punição, é o concretizado na paremia — *poena major absorvet minorem.* Como observa o monographista Merkel, todas as leis que inserem dispositivos acerca dessa especie de concurso adoptam a absorpção.[4]).

Escriptores que gozam da maior autoridade scientifica têm contestado a possibilidade de um concurso ideal de crimes. Argumentam elles que, sendo cada crime uma

---

tenha seguido, sem razão alguma systema opposto em relação ao concurso ideal. Porisso, sustenta o insigne criminalista que a egualdade de tratamento deve ser empregada, analogicamente, ao concurso ideal. E com elle concorda, como já dissemos a *communis opinio.*

Estes argumentos, irrespondiveis, podem ser repetidos em relação ao nosso codigo. Na concorrencia ideal homogenea, em nosso pensar, deve ser imposta a pena dos crimes (a mesma pena), no gráu maximo.

Referencia expressa ao concurso ideal homogeneo continham algumas legislações territoriaes da Allemanha (Wuerttemberg, 125, Hannover, 105, Baden, 182, Baviera, 1861, 84, etc.). Encontramola no § 32 do codigo do cantão de Obwalden e no art. 81 do codigo italiano em vigor. Defeituosa a redacção do projecto brasileiro, quando diz: "viola diversas leis criminaes, ou diversas disposições de uma dellas (art. 112, II)".

2-a) Da phrase "com a mesma intenção" resulta que, em nosso direito, não é possivel o concurso ideal de crimes culposos. O conductor de um vehiculo, motorizado ou não, que, com o mesmo facto, culposamente, produz lesões corporaes em duas ou mais pessôas, responde por um unico crime. Assim julgou, e muito bem, a Suprema Côrte em 6 de janeiro dé 1937 (*Revista de Jurisprudencia brasiliera,* XXXIII, 290). Anterior, no mesmo sentido, o accordam da Côrte de Appellação de São Paulo, de 31 de janeiro de 1935 (*Revista dos Tribunaes,* 1935, 414).

3) Schwartz, *Strafgesetzbuch,* § 73, n. 1.

4) *Vergleichende Darstellung,* A, T., pag. 377.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

acção, não se concebe que uma e mesma acção comprehenda diversos crimes. Entendem elles que no caso se verifica, não uma concorrencia de crimes, mas de leis. Assim pensam v. Liszt,[5]), Wachenfeld,[6]), Hoepner[7]) e outros mais.[8]).

A maneira como se exprimem alguns codigos parece lhes dar razão. O § 73 do allemão diz: "Quando uma e a mesma acção viola diversas leis penaes..." O art. 55 do hollandês está redigido em termos quasi identicos: "Quando um facto incide em mais de uma disposição da lei penal *(in meer dan ééne strafepaltingsvalt...)*". Facil seria colher outros exemplos.[9]).

A verdade é que o numero de crimes nem sempre coincide com o das acções. Assim como diversas acções podem constituir um unico crime (como no delicto habitual), uma só acção póde comprehender varios crimes.[10]). O codigo belga, embora não empregue a palavra "acção", reconhece esta possibilidade, ao prescrever, em seu art. 65: "Lorsque le même fait constitue plusiers infractions...". O nosso é ainda mais explicito: "Quando o criminoso, pelo mesmo facto e com uma só intenção tiver commettido mais de um crime..."

Outros escriptores negam valor juridico á distincção entre concorrencia ideal e real; e só admittem esta ultima.

---

5) Lehrbuch, § 56.

6) *Strafrecht*, em Holtzendorff-Kohler, *Enciclopedie*, § 28, 7.

7) *Einheit u. Mehrheit d. Verbrechen*, I, 159.

8) No mesmo sentido, entre nós, se manifestou Galdino Siqueira, *Direito pen. brasileiro*, I, pag. 651.

9) O codigo Zanardelli, em que tanto se inspirou o legislador patrio, usava da phrase — "viola diverse disposizioni di legge".

10) Frank, *ob. cit.*, § 73, II; v. Bar, *Gesetz und Schuld*, III, 524; Koehler, *Grenzlinien ewischen Idealkonkurrenz und Gesetzkonkurrenz*, pag. 35, etc.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Adolpho Merkel asseverou que a circumstancia de duas violações provirem de uma só acção não lhes modificava a situação juridica. Que o resultado, sob o ponto de vista do direito, era perfeitamente identico quando um individuo chamava a outros dois de asnos (concurso ideal) e quando dirigia a cada qual delles, separadamente, esse insulto (concurso real). Que a qualidade, fortuita e sem relevancia, do meio não justificava que ambas as injurias fossem tratadas diversamente.[11]). Allegou-se que a distincção entre as duas formas de concorrencia, muitas vezes difficil e duvidosa, não correspondia absolutamente ao seu valor pratico. Que era preciso poupar aos juizes esse trabalho e simplificar a doutrina da unidade e pluralidade dos delictos.[11-a]).

A maioria dos codigos cantonaes da Suissa, o codigo norueguês (§ § 62 e 65) e o moderno da Italia aboliram a distincção.[12]).

O § 3.º do artigo objecto do presente commentario se occupa do concurso ideal. Tem elle como elementos componentes, segundo o mesmo dispositivo: a unidade do facto, a da intenção e a pluralidade de crimes, como consequencia. Dispunha o legislador brasileiro, ao formular o primeiro desses elementos, dois modelos a escolher: o das legislações que se servem da palavra "acção" e o das que preferem o termo "facto". Decidiu-se por este

---

11) *Lehrbuch*, pag. 270.

11-a) Exposição de motivos do projecto allemão de 1925, pag. 48.

12) Os fundamentos que têm sido adduzidos em prol da suppressão dessa distincção se acham muito bem expostos em v. Hippel (*Deut. Strafrecht*, II, pag. 507), que os rebate convincentemente. Para elle, essa medida não representa progresso, mas recúo cultural (*Kulturrueckschritt*). O direito penal nazista é pela simplificação da concorrencia delictuosa e pela maior liberdade dos juizes na fixação da pena (*Denkschrift des preuss. Justizministers*, pag. 122; Siegert, *Grundzuege*, pag. 60).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

ultimo, mas por uma razão opposta á que levou o legislador italiano de 1889 á egual preferencia. No alludido § significa a palavra "facto" a face objectiva da acção. A subjectiva está indicada pelo segundo elemento — a unidade da intenção. Esses dois elementos podiam com vantagem ser representados por uma unica expressão, o vocabulo "acção". Syntheticamente: existe concurso ideal quando dois ou mais crimes resultam de uma unica acção *(fluunt ex uno eodemque facto)*.

Unidade de acção não quer significar um unico acto. Uma acção póde ser composta de diversos actos. Assim, quem, desferindo varios golpes em outra pessôa, nesta produz lesões corporaes, pratica uma só acção, embora esta se desdobre em diversos actos.[13]). Multiplas circumstancias (a contemporaneidade,[14]) a continuação, a identidade do objecto, etc.)[15]), servem para demonstrar quando se trata de uma unica acção.

A pluralidade de crimes póde constituir em autoria relativamente a um e cumplicidade em referencia a outros ou comparticipação em diversos crimes.[16]).

O § que examinamos manda applicar, no caso de que trata (concurso ideal), a pena mais grave, no gráu maximo. E' o principio da absorpção. As penas menores são absorvidas pela maior; só esta se emprega. Pro-

---

13) Roux, *Cours* n. 72 : "Quand on oppose action et actes, on entend par ce dernier mot le mouvement du corps, qui a servi à accomplir l'action. Il y aura donc autant d'actes, qu'il se produira de manifestations physiques de l'activité du délinquant".

14) A simultaneidade não é circumstancia da qual se possa concluir sempre pela existencia de uma unica acção. O individuo que, armado de dois revolveres, com a mão direita alveja uma pessôa e com a mão esquerda outra, pratica duas acções ao mesmo tempo. Frank, *ob. cit.*, § 73; Olshausen, *Kommentar*, § 73, 2; Meyer-Allfeld, *Lehrbuch*, pag. 365.

15) Schwartz, *ob. cit.*, § 73, 4.

16) Meyer-Allfeld, *ob. cit.*, pag. 366.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

curando escapar á censura que se costuma irrogar a esse systema — a de ficarem sem punição os crimes menores — fixou o legislador patrio, para o caso, a pena mais grave, sempre em seu gráu maximo. Mas com isso restringiu demasiadamente a liberdade dos juizes e firmou um principio que por vezes (como sempre que se impõe pena absolutamente determinada) póde importar clamorosa injustiça. [17]).

Não apresenta difficuldades, perante o nosso direito, a determinação da pena mais grave.

A absorpção das penas não equivale a dos delictos. Por isso deve o juiz, na sentença condemnatoria, referir-se a cada um delles, especificadamente. Isto póde ter importancia com relação á reincidencia e á prescripção. [18]).

E' preciso não confundir o concurso ideal verdadeiro com o que se costuma qualificar de apparente ou falso. Este não passa de um concurso de leis. Verifica-se elle, quando uma mesma acção criminosa incide em diversas disposições da lei penal, disposições que podem achar-se em relação de especialidade (*lex specialis derogat lex generali*), de subsidiariedade (*lex primaria derogat legi subsidiaria*) ou de consumpção (*lex consumens derogat legi consumatae*). [19]).

---

17) P. Merkel, *Vergleichende Darstellung*, A. T. pag. 378, n. 3, critica com razão o systema do codigo espanhol, que é egual ao nosso.

18) Massari, *Le dottrine generale di dir. pen.*, pag. 232: "Il concorso di reati e di pene lascia intatta l'autonomia giuridica dei diversi reati: e ogni sua rilevanza si riduce a stabilire se debbano. o meno, essere applicate integralmente le pene corispondenti ai singoli reati".

19) O assumpto é tratado com especial carinho pelos escriptores allemães. Merecem consultados a respeito, entre os mais modernos, v. Hippel, *ob. cit.*, § 37, IX e Mezger, *Strafrecht*, p. 470. Dos escriptores italianos o que mais profundamente se occupa com a materia é Grispigni, *Corso*, I, pag. 500 e segs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O concurso real, que o codigo regula no § 1.º do artigo supra, dá-se "quando o criminoso fôr convencido de mais de um crime". Esse concurso tem de commum com o ideal a unidade do autor e a pluralidade de crimes. O traço que os distingue é que, no concurso real, existem duas ou mais acções e, no ideal, uma e unica. O concurso real póde tambem ser homogeneo ou heterogeneo. Sem necessidade, algumas legislações expressamente o declaram.

Quanto á pena, adopta o nosso codigo o principio da cummulação. Todas as penas dos diversos crimes serão impostas ao reu (*singulis delictis, singulae poena* ou *quot delicta tot poena*). Uma restricção foi feita pelo § 4.º: em se tratando de penas privativas da liberdade, todas ellas se haverão por cumpridas logo que chegue o prazo de 30 annos.

Contra o principio da cummulação material das penas têm sido enfileirados numerosos argumentos. Diz-se que a execução seguida ou ininterrupta das penas faz que os soffrimentos infligidos ao delinquente se aggravem, não em proporção arithmetica, mas geometrica. [20]). Que a culpabilidade do individuo, não processado e condemnado pelo primeiro crime, é menor, quando commette o segundo, do que antes. [21]). Que, com a cummulação material, póde um réu de crimes leves ser punido mais rigorosamente do que outro, sobre o qual pése a responsabilidade por crime de natureza grave. [22]). Que muitas vezes a cummulação se torna inexequivel, pois ultrapassa as raias da vida humana. [23]). Que é difficil de ser

---

20) Mittermaier, not. LV ao § 126 do *Lehrbuch* de Feuerbach.
21) Berner, *Lehrbuch*, § 162.
22) Tuozzi, *Corso di dir. pen.*, I, 241.
23) Masucci, no *Digesto italiano*, VIII, s. v. *Concorso di reati e di pene.*

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

posta em pratica e obriga o sentenciado a passar de uns para outros regimes, de uns para outros estabelecimentos penitenciarios.[24]). Com estes e outros argumentos, mais ou menos procedentes, se tem procurado pôr em fóco os muitos e serios inconvenientes da cummulação material.

Outro systema, denominado do cumulo juridico, em virtude do qual ao individuo responsavel por diversos crimes (autonomos e ainda não julgados) se impõe, não todas as penas em que haja incorrido, mas uma só, complexiva, vae sendo preferido. É o que prevalece nas legislações modernas.

O legislador patrio,[25]) para obviar a um dos inconvenientes apontados na cummulação material, limitou a duração maxima das penas privativas da liberdade, cummuladas, em 30 annos. Relativamente á pena de multa, nenhum limite foi marcado. Não quiz o legislador patrio imitar o exemplo do codigo italiano, onde se determinava o maximo a que a cummulação das penas dessa especie podia attingir (art. 75).

Passemos ao exame do § 2.º[26]). Dispõe elle acerca do crime continuado (concorrencia connexa, na phraseologia dos allemães). A construcção juridica dessa especie de delictos constitue ainda hoje objecto de muitas e porfiadas disputas. Geyer affirmou ser ella verdadeira cruz que os criminalistas, sem necessidade, haviam tomado sobre os hombros.[27]).

---

24) Vidal, *Droit criminel*, n. 253, § 2.

25) U. Conti, na *Enciclopedia* de Pessina, V, pag. 56 e segs., examina um por um os argumentos commumente formulados contra a cumulação.

26) Este § estava redigido de modo diverso. O dec. n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923, art. 39, lhe deu a forma constante do texto.

27) *Grundriss*, I, § 59.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Não se sabe precisamente onde e quando nasceu a idéa de considerar delictos successivos, praticados *ex intervallo,* como crime unico, sujeito a uma só pena. Encontramo-la nos praticos italianos da edade media (citadamente em Claro e Farinacio). Foram elles que a prégaram e divulgaram. Ella figura em varios codigos do seculo passado e do actual. Não a consagrava o brasileiro de 1830. Foi o da republica que a introduziu em nosso país com uma formula que provocou interpretações desencontradas.[28]).

Dois são os elementos essenciaes do crime continuado, segundo o nosso codigo: *a*) dois ou mais crimes da mesma natureza; e *b*) uma só resolução. A pluralidade de crimes da mesma natureza existe na concorrencia homogenea. Conseguintemente, o verdadeiro traço caracteristico do crime continuado se acha no elemento subjectivo, na unidade da resolução criminosa.

Crimes da mesma natureza são aquelles que violam ou põem em perigo os mesmos bens juridicos.[29]). Pouco importa que esses bens (salvo quando personalissimos, como a vida, a integridade corporea, a liberdade, a honra) pertençam a mesma ou diversa pessôa. O ladrão de hotel que, penetrando nos quartos, em um mesmo dia ou em dias successivos, subtrae, para si ou para outrem, objectos que nelles encontra, pratica um crime continuado, quer esses objectos sejam do mesmo hospede, quer de

---

28) Sobre as divergencias a que o antigo texto deu logar, veja-se Galdino Siqueira, *ob. cit.*, 460.

29) Alguns codigos exigem a pratica do mesmo crime (exemplos: os de Lucerna, Obwalden, Finlandia, Suecia, Japão); e outros, a de acções puniveis da mesma natureza (Schiaffusa, Schwitz). A Italia e o Perú fallam em violação das mesmas disposições da lei penal. Só a Hollanda permitte considerar como delicto continuado factos criminosos diversos. Veja-se P. Merkel, na *Vergleichende Darstellung* citada, pag. 347.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

varios. A pluralidade das victimas carece de influencia.

Os alludidos bens devem ser susceptiveis de violação maior ou menor, quantitativamente variavel; porque aquelles que, com a violação, se consommem, se extinguem, não podem dar logar ao crime continuado. [30]).

Quanto ao elemento subjectivo: Falla o codigo em uma só resolução. Resolução unica é a que, tomada, não se interrompe, persistindo durante a pratica dos successivos crimes. Cada qual destes exige por certo uma resolução, mas esta não será mais do que a execução da resolução complexa anterior. [31]).

Cumpre não confundir a unidade da resolução com a dos fins, dos motivos ou paixões: são cousas essas completamente distinctas.

Assás difficil é averiguar, diante de uma serie de crimes homogeneos, quando elles obedecem a uma só resolução. Na pratica, essa unidade não passa muitas vezes de pura ficção. A jurisprudencia, onde quer que a lei insira esse requisito, se contenta com presumpções, nem sempre bem fundadas.

Contra a exigencia da unidade de resolução se insurgem escriptores da maior notoriedade. Para elles, a noção do crime continuado deve ser estabelecida sob o ponto de vista objectivo, [32]) tendo-se em attenção as circumstancias occorrentes. A identidade dos bens juridicos lesados ou postos em perigo, a da maneira de execução dos crimes (como *exempli gratia,* com os mesmos meios ou outros semelhantes), uma certa continuidade

---

30) Schwartz, *ob. cit.*, § 73,6.

31) Massari, *ob. cit.*, pag. 225.

32) Na literatura allemã predomina a teoria objectiva. Seguem-na Meyer-Allfeld, v. Liszt-Schmidt, Frank v. Hipper, Mezger e muitos outros. A jurisprudencia do Tribunal do Imperio é contraria a esse ponto de vista.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

de tempo, etc., justificam a conceituação dos factos praticados como crime continuado. Para elles, este se póde verificar, tanto quando taes factos sejam dolosos, como quando culposos.[33]).

A doutrina dominante, na sciencia e nas legislações, faz consistir a nota caracteristica do crime continuado no elemento subjectivo.[34]). Como unidade (*totum in toto et totum in qualibet parte*) deve essa especie de crime ser encarada em todas as questões, do direito material ou formal, que com ella se relacionam: a sua lei reguladora no tempo e no espaço, a comparticipação, a queixa, o prazo desta, e a prescripção.[35]).

Em regra, os factos delictuosos componentes de um crime continuado devem ser processados e julgados simultaneamente e perante o mesmo tribunal. Póde, todavia, acontecer que alguns delles sejam objectos de processo separado e decisões distinctas. Varias legislações

---

33) A exclusão do delicto continuado culposo é apontada por v. Hippel (*ob. cit.*, pag. 543) como argumento contra a teoria subjectiva. Na Allemanha, os objectivistas são unanimes em reconhecer a existencia de um delicto continuado dessa especie. Na Italia, apesar do texto legal, que falla em um "medesimo disegno criminoso", se manifestou ultimamente favoravel ao delicto continuado culposo o criminalista Nino Levi (*Il codice pen. illustrato*, sob a direcção de U. Conti, I, 294).

34) P. Merkel, na *Vergleichende Darstellung*, vol. cit., pag. 347. Elle indica como países em que impéra a teoria objetiva a Suissa e a Hollanda.

35) Se o crime, começado sob a vigencia de certa lei, perdura quando outra a substitue, não se applica a mais benigna, mas, sim, a ultima. Se o crime continúa após um decreto de amnistia, esta não o extingue. O crime se entende praticado onde quer que se realize qualquer de suas partes. Se uma destas é aggravada ou qualificada, a aggravação ou qualificação abrange todo o crime. Este só se reputa consumado após a terminação do derradeiro acto. De então em diante começa a correr o prazo da prescripção e para a apresentação da queixa, quando necessaria. Sobrevindo uma condemnação, os actos posteriores constituem novo crime.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

[36]) regulam expressamente essa hypothese, que tambem é susceptivel de verificar-se no concurso real de crimes. Mandam ellas applicar, em ambos os casos, as regras do concurso. Identica solução deve ser adoptada, e effectivamente o é, perante aquelles systemas juridicos que, como o francês, o belga e o nosso, nada dizem a respeito.[37]).

Não é apenas o crime continuado que, comquanto formado de duas ou mais acções puniveis, as leis tratam como crime unico (unidade juridica). Isso acontece egualmente com o crime complexo (composto). O roubo, que é o furto acompanhado de violencia ás cousas ou pessôas, costuma ser apontado como um dos crimes dessa especie. A infracção, no delicto complexo, é unica, prevalecendo para a punição a acção criminosa mais grave.

Tambem o delicto collectivo (*sensu stricto*), consistente em uma serie de acções singulares, oriundas da mesma orientação pratica (como se exprime Wachenfeld) ou de uma mesma norma de conducta (*der gleichen Lebensrichtung,* no dizer de Frank) apparece nas leis penaes como infracção unica. Esse delicto é commettido habitual ou profissionalmente. Em ambas essas modalidades, sobretudo na primeira, reveste-se elle modernamente de excepcional importancia, preoccupando vivamente criminologistas e legisladores.

As legislações fazem do habito ou profissão elemento integrativo de certos crimes. Ás vezes os encaram

---

36) Codigo hungaro, § 104; suéco, cap. IV, §§ 8 e 9; norueguês, § 64; finlandês, cap. VII, §§ 8 e 9; hollandês, art. 63; japonês, §§ 50-52, etc.

37) Entre os escriptores francêses, veja-se por exemplo, Degois, *Traité élem. de droit criminel,* n. 871; entre os belgas, Nypels-Servais, n. 3 ao cap. VI do codigo penal de seu pais; e entre os nacionaes, Galdino Siqueira, *ob. cit.,* n. 458.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

simplesmente como circumstancias aggravantes. Os delinquentes habituaes ou profissionaes formam uma classe á parte, para a qual vae sendo aconselhado e adoptado tratamento especial. [38]).

---

38) A sciencia e as legislações não lograram ainda fixar os caracteristicos distinctivos dessa categoria de delinquentes. Ferri os dividiu em quatro grupos: 1) o dos que por tendencia congenita para os crimes de sangue e de violencia contra a propriedade, antes ou depois de condemnados, reiteram suas acções criminosas; 2) os que commettem habitualmente delictos de somenos gravidade, especialmente contra a propriedade, por uma congenica repugnancia ao trabalho methodico; 3) os occasionaes que, punidos com penas de curta duração, são por ellas progressivamente peiorados em sua personalidade physico-psychica; e 4) os delinquentes por profissão que, sósinhos ou com companheiros (o que é mais frequente) organizam verdadeira industria criminosa. Adverte o insigne criminalista que nos mencionados grupos são muito differentes o gráus de periculosidade e incorrigibilidade. Esses gráus são ordinariamente maiores nos individuos do primeiro e do ultimo grupo.

Não entraremos na apreciação dessa e outras classificações que têm sido tentadas. Isso nos levaria muito longe.

Convencidos da inefficacia das penas communs relativamente a essa categoria de criminosos, que tão grandes males causam á sociedade, vão as legislações adoptando a medida especial da internação em estabelecimentos de segurança. Essa medida não tem em geral duração maxima prefixada. Esta é de 10 annos na Hungria, de 15 na Noruega e de 20 no Suecia. O minimo varía bastante nos diversos países.

O moderno codigo italiano sujeita os delinquentes habituaes, profissionaes ou por tendencia á internação, após o cumprimento da pena, em uma colonia agricola ou casa de trabalho, sendo o minimo, para os primeiros, de 2 annos, para os segundos de 3, e, para os ultimos, de 4 (arts. 216 e 217). O polaco ordena a internação em estabelecimentos para incorrigiveis, depois de expiada a pena, do delinquente habitual ou profissional, perigoso á ordem publica. A internação durará emquanto fôr necessaria, nunca menos de 5 annos. Após o transcurso de cada periodo de 5 annos. decide o tribunal se é necessaria a prolongação da medida por novo periodo quinquennal (art. 84). A lei hollandêsa de 25 de junho de 1929, no caso de individuos já anteriormente condemnados a varias prisões, no total de quatro, seis ou oito annos, dá ao juiz a faculdade do, cumprida a ultima pena, conservá-los em detenção (*in bewaring gehouden*), por espaço de cinco a dez annos. A medida e a sua duração devem ficar constando da sentença condemnatoria. Ella póde em qualquer tempo ser revogada, condicional ou definitivamente, conforme as circumstancias. Competente para isso é o ministro da Justiça ou o Collegio central de

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

readaptação (*Centraal College voor de Reclasseering*). A França relegava, desde 1885 (lei de 27 de maio desse anno) para a Guyana — o inferno dantesco descripto por Alberto Londres e Blair Niles (ultimamente extincto, segundo informa D. de Vabres, *Traité*, pag. 321), os seus reincidentes habituaes. A relegação, que não contituia propriamente pena, mas medida de eleminação complementar e obrigatoria, se executava após o cumprimento da pena ordinaria imposta ao ultimo crime ou delicto. Não podia ser decretada contra menores de 16 annos e maiores de 60, nem tão pouco em relação ás mulheres (lei de 19 de julho de 1907). A Inglaterra, na segunda parte do *Prevention of Crime Act* de 1908, dispõe a respeito das medidas applicaveis aos delinquentes habituaes. Não os define a lei. Apenas estabelece certas condições ou garantias em favor do condemnado. E' mistér que este haja soffrido pelo menos tres condemnações por determinados crimes (crimes castigados, com *penal servitude*) e que leve, por occasião de ultima sentença, vida deshonesta e criminosa (*by reason of his criminal habits and mode of life*). Se o tribunal, ao pronunciar essa decisão, declara conveniente, em beneficio da segurança publica (*for the protection of the public*), que o delinquente seja conservado em detenção por mais alguns annos, além dos da pena, cumprida esta, pelo menos em parte, é elle enviado para um estabelecimento especial — a Camp Hill Preventy e a Detention Prison (ao norte de Newport, nas proximidades da Convict Prisons Parkhurst). Se fôr de sexo feminino, é recolhido a uma secção reservada da prisão de Liverpool. A duração da *preventive detention* vae de cinco a dez annos. Dentro destes limites, fixa-a o tribunal em cada caso concreto. A idéa de internação por tempo indeterminado (*during His Majesty's Pleasure*) foi repellida pelo parlamento. Na execução da *preventive detention* se observa o systema progressivo. Portando-se bem. depois de certo tempo, passa o detento para as *Paroles Lines*, uma especie de estabelecimento intermedio, onde goza de muitas regalias. De tres em tres annos, verifica o ministro de Interior quaes os detentos merecedores do livramento condicional. Entre as condições, figuram a de sujeitar-se o liberado á vigilancia da *Central Association for the Aid of discharged Convits*, a de não mudar de residencia sem licença, a de não praticar actos delictuosos e a de não conviver com pessôas de má indole (*persone of bad caracter*). O livramento póde ser revogado pelo ministro que o cencedeu e fica sem effeito *eo ipso* pela falta de observancia das condições impostas. Parece que se tem feito pouco uso da *preventive detention*. Na Escossia, no anno de 1930, nenhuma sentença foi proferida impondo a *preventive detention*. A commissão nomeada em 1931 pelo secretario de Estado "for Home Affairs" para estudar as reformas a serem introduzidas no tratamento dos *persistent offenders* (comprehendidos nessa classe os delinquentes habituaes) propoz diversas e importantes modificações na lei de 1908 (*Recueil de documents en matière penale et pénitentiaire*, II, pag. 462 e segs.). Critica Foltin, em magnifico livro intitulado *Die chronisch erhoet Gefaehrlichkeit* (Vienna, 1927), a lei inglêsa, entre outras razões, pela de fixar

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

limites á duração da referida medida. Esta, para elle, devia durar emquanto necessaria, nem mais, nem menos. O codigo norueguês segue systema semelhante ao da lei inglêsa. O individuo culpado de varios crimes ou tentativas de crimes (especificados no § 65) se os jurados o declaram perigoso, póde, na sentença, ser condemnado a uma detenção supplementar, a ser executada após a terminação da pena. Essa detenção durará emquanto fôr necessaria, mas não irá além do triplo da pena, nem do maximo de 15 annos. Na exposição de motivos do projecto desse codigo, argumentos assás ponderosos foram apresentados em justificação do que parecia uma falta de logica — a determinação de limite maximo (trad. allemã de Bittl, pag. 195). Até o começo da grande guerra, nenhuma vez tinham os jurados norueguêses exercitado a faculdade que o codigo lhes outorgára. Posteriormente a essa data, ignoramos se o fizeram.

A lei filandêsa de 27 de maio de 1932 a respeito de reincidentes perigosos creou um regime bastante interessante. Em certos casos de pluri-reincidencia, têm os tribunaes ordinarios a faculdade de considerarem o accusado como delinquente pertencente a essa classe e de permittirem que seja elle internado em estabelecimento de segurança. A decisão, para produzir effeito, depende de approvação da Côrte de Appellação competente. Transitando em julgado, cabe ao Tribunal penitenciario, composto do director da administração penitenciaria e de mais tres membros, nomeados por 5 annos, pelo presidente da Republica, determinar a internação. Esta póde effectuar-se antes que o condemnado tenha cumprido integralmente a pena. Em todo caso, é indispensavel que elle haja expiado a parte que deve ser cumprida em isolamento. O procedimento do recluso apressará ou não a passagem para a casa de segurança. A observação desse procedimento póde prolongar-se até o termino da pena. A lei entrega ao tribunal profissional a pesada tarefa de proteger o corpo social, sem deixar de ter em conta os interesses e direitos do individuo (Veja-se sobre essa lei, Arvelo, no *Recueil de documents*, II, pag. 289).

O codigo espanhol de 1928, de passageira existencia, dava aos tribunaes o direito de resolverem a retenção, em estabelecimento *ad hoc*, dos delinquentes habituaes e incorrigiveis. Essa resolução devia constar da parte dispositiva da sentença. A medida era por tempo indeterminado. Devia ser confirmada, quando terminasse o cumprimento da pena, pelo tribunal que a tomára, sendo depois, de dois em dois annos, sujeita á revisão. Além disso, podia a retenção ser ordenada, quando cumprida a pena, propuzesse a junta disciplinar da respectiva prisão ao tribunal prolator da sentença condemnatoria a adopção dessa medida. A reforma de 1932 nada dispoz a respeito. Em Portugal, são transportados para as possessões ultra-marinas os individuos, maiores de 18 e menores de 60, que tenham soffrido tres condemnações em penas maiores, duas em pena maior duas em prisão correcional, uma em pena maior e quatro em prisão correcional ou seis em penas desta ultima especie. E' mistér que o juiz, na ultima sentença condemnatoria, haja declarado que o reu, cumprida a pena,

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

fica á disposição do governo, para lhe dar o destino conveniente. No logar para onde forem remettidos, gozarão os individuos submettidos a essa medida quasi completa liberdade. Poderão dedicar-se aos trabalhos que mais lhes convenham ou agradem. Só lhes é vedada a mudança da provincia e a recusa a toda especie de trabalho. Qualquer destes factos é punido com 2 annos de prisão, na mesma provincia. Decorridos tres annos, contados de sua chegada á possesão, podem os transportados, provando bom comportamento, conseguir inteira liberdade. Esta é concedida pelo juiz da comarca, com audiencia contradictoria do M. P.

Na America do Norte e em algumas possessões inglêsas (dominios e colonias), os delinquentes habituaes, depois de certo numero de reincidencias, são condemnados á reclusão perpetua. Na California, por exemplo, é imposta a pena por toda a vida ao individuo condemnado pela quarta vez em certas "felonies". Não póde ao mesmo ser concedida a liberdade "on parole". Uma lei de 1931 aumentou o numero das infracções e exigiu que as condemnações tenham sido cumpridas em uma prisão de Estado ou da União (*Recueil de documents*, III, 11). Dos 45 Estados norte-americanos, apenas 6 limitam a pena de prisão perpetua aos crimes de assassinio e homicidio. Os outros a applicam nos demais crimes graves, o que torna até certo ponto dispensaveis disposições especiaes sobre os delinquentes habituaes.

Na America latina, o Perú relega certos reincidentes em uma colonia penal por tempo relativamente indeterminado, não menor que o maximo correspondente ao delicto, nem maior que metade desse maximo; e os declarados especialmente perigosos em uma penitenciaria agricola, por tempo absolutamente indeterminado, não inferior ao maximo da pena applicavel ao delicto. A declaração de periculosidade exige acto especial e unanime do tribunal. A sentença poderá ser revista pela Côrte Supréma. Vencido o prazo minimo da relegação, os delinquentes habituaes (assim se exprime o art. 117 do codigo, referindo-se aos reincidentes perigosos) poderão obter livramento condicional por tres annos, se tiverem observado procedimento irreprehensivel, reparado, tanto quanto possivel, o damno causado, e demonstrarem constante inclinação ao trabalho. A Argentina, em seu codigo, dispõe que o reincidente condemnado pela segunda vez a uma pena privativa da liberdade excedente de dois annos soffrerá reclusão "en un paraje de los territorios del sud". Essa pena será por tempo indeterminado e como accessoria da ultima condemnação, quando concorrerem certas circumstancias. Tambem ao concurso de delictos, sempre que estes sejam cinco pelo menos, dois dos quaes punidos com pena de prisão superior a tres annos, manda o codigo applicar a relegação como accessoria da condemnação. Pelo codigo mexicano de 1929 (de ephemera duração) os delinquentes habituaes soffriam a pena de relegação em colonias penaes estabelecidas em ilhas ou logares de difficil communicação com o resto do país. O prazo da relegação podia estender-se até o triplo do da sancção estabelecida para o ultimo delicto.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Vejamos rapidamente como o asssumpto se acha regulado nos mais modernos projectos. O' suisso qualifica como habitual o criminoso que, tendo soffrido varias penas privativas da liberdade, commette novo crime, punido com pena da mesma natureza, e revela inclinação ao crime, á má conducta e ociosidade. E dá ou juiz a faculdade de, em logar da pena, impôr-lhe a internação em estabelecimento excusivamente destinado a esse fim. O internado ahi permanece durante o tempo fixado pelo juiz, nunca menos de cinco annos. Depois desse prazo, póde obter livramento condicional por tres annos, desde que não se preveja nova reincidencia. O livramento se torna definitivo, se durante o triennio, o liberado se porta bem. Toda internação que não fôr executada durante vinte e cinco annos, não poderá se-lo mais.

Estes dispositivos presuppõem a existencia de estabelecimentos que ainda não existem na Suissa. Por isso a lei de 19 de novembro de 1924 do cantão de S. Gall, que reproduziu, com diminutas alterações, o projecto do codigo unico, manda fazer a internação em um estabelecimento penal (*Strafanstalt*).

O projecto checo-eslovaco dá ao juiz a faculdade de, na sentença condemnatoria, determinar o recolhimento, em um estabelecimento proprio, do individuo que, nos ultimos cinco annos, houver praticado tres crimes e que, pelo seu modo de vida, especia de crime e mais circumstancias, fôr considerado perigoso á communhão. Essa medida, que dura emquanto necessaria, no minimo cinco annos, se executa após o cumprimento da pena. Se esta fôr de reclusão (*Kerker*) por menos de cinco annos, poderá a internação ser immediata, cumprindo o réu a pena no mesmo estabelecimento. Transcorridos cinco annos, póde o condemnado obter soltura condicional. Como se vê, nesse projecto a internação apparece, em certos casos, como medida complementar, em outros, como fórma de execução da pena. O projecto sueco (Thirén) não se occupa propriamente dos delinquentes habituaes. Elle sujeita á internação em estabelecimentos especiaes os individuos singularmente perigosos, nas seguintes condições: a) que tenham passado doze annos em reclusão e hajam durante esse tempo ou até cinco annos depois commettido novo crime; b) que este seja punido com reclusão temporaria; e c) que as circumstancias demonstrem serem elles grandemente perigosos para a sociedade. Dura a internação emquanto subsiste a temibilidade do condemnado, nunca, porém, mais de vinte e cinco annos. O minimo é um tempo egual ao da pena imposta. Póde o internado obter livramento condicional, ficando submettido, emquanto não decorreram os vinte e cinco annos, á vigilancia especial. Os réus condemnados á pena de custodia (*foervarig*), se commettem novo delicto, punido com reclusão temporaria, podem, mediante determinação do tribunal, ser internados pelo resto da vida.

Os projectos allemães consideram como delinquentes habituaes os que tiverem sido condemnados duas vezes por certos crimes dolosos e commetterem um terceiro, punido com pena privativa da liberdade. E, se perigosos para a segurança publica, os sujeitam á internação (*Sicherungsverwahrung*). Prolonga-se esta medida

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Do delicto continuado se distingue o permanente. No conceito deste ultimo se inclue a producção de um estado de cousas, contrario á lei, e a sua manutenção. Emquanto perdura esse estado, prolonga-se a consummação. Sem solução de continuidade, se protrae esta no tempo. Erro será confundir as consequencias de ordem pratica que se ligam a certos delictos instantaneos (como a conservação do objecto furtado em poder do ladrão) com a duração do delicto permanente. Exemplo typico de delicto desta natureza é o de carcere privado (cod. pen., art. 181). [39]).

---

até que seu objectivo seja alcançado. No fim de tres annos ou antes, se o tribunal marcar prazo mais curto, deverá ser verificado se isso se deu ou não.

Do resumo que acabamos de fazer se vê como os codigos e projectos procuram resolver o grave problema concernente ao tratamento dos delinquents habituaes.

O projecto de codigo criminal organizado para o nosso país (Sá Pereira, revisto) não se occupa, de modo especial, com os delinquentes habituaes. Estes, só quando incorrigiveis, profissionaes ou perigosos em virtude de alguma das circumstancias indicadas no art. 161, ficarão sujeitos ao internamento em colonia agricola, casa de trabalho ou reformatorio judiciario. O internamento se effectuará depois de cumprida a pena. Durará por um a tres annos, podendo cessar depois de um anno, se o juiz se convencer de terem sido obtidos os fins a que a medida visava. Comparando-se o citado artigo com o que define a periculosidade social, se conclue que não poucos criminosos habituaes, perigosos, escapam ao internamento. Além disso, o prazo fixado para este é demasiadamente curto.

Sobre o assumpto devem ser lidos: Cuello Calón, *Penologia*, pag. 342 e segs.; Mittermaier, nos annexos á exposição de motivos do projecto allemão de 1927; o mesmo, na *Vergleichende Darstellung*, part. ger., III, 321 e segs.; v. Hentig, *Ein Besuch in Camp Hill*, na *Zeitschrift f. schw. Strafr.* XXVI, 403; Vuillemer, *D. Gewohnheitsverbrechen u. seine Bekaemfung*. Zuerich, 1918; Heindl, *Der Berufsverbrechen*, Berlin, 1929; Hagemann, *Berufsverbrechen*, no *Handw. der Kriminologie;* Roeling, *De Wetgeving tegen de Zoogenaamde Beroeps en gewoontemisdadigers*, — s'Gravenhage, 1933. Ferri, *Principii di dir. crim.* 672, etc.

39) Não é delicto permanente, mas instantaneo, que se consuma com a celebração do casamento, isto é, quando as partes manifestam a sua vontade de contraí-lo, a polygamia (Lima Drummond, *Estudos*, pag. 173; Macedo Soares, comm. ao art. 283 do codgo, etc.). Na jurisprudencia francêsa, italiana e allemã, varios escriptores

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

II — A materia do concurso de delictos é tratada por muitas legislações (como as da Austria, da Espanha, Noruega, Chile, Uruguay, e outras) no titulo relativo á medida das penas. Dos modernos projectos seguem esse precedente os suissos, o checo-eslovaco, o grego e o nosso(secção V do cap. II). Varios codigos e projectos lhe reservam um logar especial. Nesse numero estão os codigos da Allemanha, Hollanda, Belgica, Argentina, Perú, etc. O da Italia fascista se occupa do assumpto no titulo — *Del reato.* Este segundo methodo é acolhido pelos projectos allemães e pelo suéco (Thirén). Preferiram-no, em nosso país, os do professor João Vieira e da Camara dos deputados. Por elle se pronunciam criminalistas dos mais conhecidos como Garraud, Prins, Binding, v. Liszt, Alimena,[40]) v. Hippel[41]) e outros mais. Dentre os que dissentem desse ponto de vista merece destacado o suisso Hafter, para quem as regras pertinentes ao concurso de delictos são

---

sustentam opinião contraria (Le Sellyer, *Action publique*, II, 454; Pessina, *Elementi*,, III, 326; Geyer, *Grundriss*, 199; Waechter *Vorlesungen*, § 163, e outros). Alguns codigos fazem correr a prescripção do dia em que se dissolve um dos casamentos ou é declarado nullo, por bigamia, o segundo. Semelhante dispositivo tem servido como argumento para a affirmação de que no caso se trata de delicto permanente. Mas sem razão. E' essa uma regra excepcional de prescripção (uma inexplicavel anomalia — asseverou Mittermaier). Muito bem se disse na exposição de motivos do projecto checo-slovaco: a vida em commum com o novo conjuge não póde ser encarada pela lei, em vista da nullidade do segundo casamento, senão como concubinato. Neste não é possivel descobrir uma continuação da acção criminosa (*Entwuerfe*, Praga, 1926, 170). Veja-se sobre o caracter do delicto de bigamia a extensa nota de Marsich, na *Scuola positiva*, 1926, pag. 202.

40) Desenvolvidamente na *Enciclopedia* de Pessina, V, pag. 396.

41) Em seu optimo livro (*Deutsches Strafrecht*, pag. 492 e segs.) este insigne criminalista trata do concurso de delictos em seguida ao de pessôas. E' tambem o systema seguido por Mezger, em seu *Strafrecht*, pag. 456 e segs.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

meios juridicos destinados á fixação da medida penal (*Regeln der Straffindung.*) [42]).

Relativamente á bipartição entre concurso ideal e real, os codigos e projectos tomam dois caminhos differentes: uns, como já tivemos occasião de dizê-lo, a supprimem (como, entre os primeiros, o norueguês, o italiano actual e os dos cantões de Thurgovia, Argovia, Zuerich, Schwitz, etc.; e, entre os ultimos, o checo-slovaco [43]) e os allemães) [44]); outros perseveram em mantê-la. São a maioria. Fazem-no, em nosso continente, por exemplo, os codigos da Argentina, do Perú, do Uruguay, e o projecto brasileiro.

No tocante á pena a ser imposta em cada qual desses casos, as legislações apresentam enorme variedade.

Quanto ao concurso ideal: as que distinguem as duas especies de concurso, são accordes em adoptar, no ideal, o principio da absorpção. A allemã, por exemplo, manda applicar nesse caso, a pena mais grave, tomando-se os outros crimes como circumstancias que influem na medida da mesma pena, nos limites do quadro legal. A espanhola commina a pena mais grave, no gráu maximo, mas com esta restricção — "hasta el limite que represente la suma de los dos que pudieran

---

42) *Lehrbuch*, § 75, I.

43) Na excellente exposição de motivos do projecto desse codigo se acham expendidas as razões que levaram á preferencia pela equiparação das duas fórmas do concurso. Como precedentes, são invocados os codigos cantonaes suissos, em sua maioria, o federal e o projecto de unificação.

44) Tambem na exposição de motivos de cada um desses projectos se expuzeram os fundamentos da innovação. Disse-se, entre outras cousas, que a differença na maneira de tratar as duas modalidades do concurso era desde muito tempo combatida pela sciencia. Que a difficil e duvidosa delimitação dessas modalidades não se achava em relação com o valor pratico da distincção. Contra o ponto de vista em que se collocou o projecto de 1925, Gerland, *Der Entwurf 1925*, pag. 98. Contra a doutrina esposada pelos referidos projectos, muito bem v. Hippel, *ob. cit.*, II,507.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

imponerse, penando separadamente ambos los delitos". Tambem o nosso codigo determina que se applique a pena mais grave, no gráu maximo, mas não cogita dessa salutarissima clausula. Alguns codigos exasperam, facultativa ou obrigatoriamente, a pena mais grave. O federal suisso, por exemplo, permitte ao juiz que accrescente até metade do maximo dessa pena, podendo, quando necessario, substituir a prisão pela reclusão. O projecto brasileiro manda fazer sempre o aumento, em proporção á gravidade dos outros crimes, ás circumstancias em que elles se perpetraram e á classificação do delinquente. Nunca poderá ser ultrapassado o maximo generico da pena. A execução da pena assim aumentada será rigorosa, salvo se as condições pessoaes do condemnado o não permittirem. Distingue o projecto as duas fórmas do concurso, mas o resultado pratico é nenhum, pois as equipara quanto á punição.[45]).

Relativamente ao concurso real, cumpre distinguir entre as penas pecuniarias e as privativas da liberdade. Ás primeiras se applica, em muitos países, o principio da cummulação material.[46]). Ás segundas só um numero reduzido de legislações o faz (cod. nevyorkino, § 694;

---

45) O concurso formal e o real são entre si bem differentes. Os que os identificam, punindo-os com a mesma pena, attendem exclusivamente ao resultado. Não ligam importancia ao elemento subjectivo. Não ha nisso progresso algum. Pelo lado da technica legislativa, teria sido melhor que o projecto, desde que egualou as duas formas do concurso, as regulasse em um só dispositivo, o que seria extremamente facil.

46) Assim em Portugal (art. 102, § 3), na Hollanda (art. 103), na Suecia (cap. VI, § 7), na Finlandia (cap. VII, § 6), no Japão (§§ 48 e 53, facultativamente), no Perú (art. 109, com o maximo de mil libras, a não ser que para alguma das infracções esteja estabelecida somma superior) etc. O projecto brasileiro manda applicar, na pluralidade de crimes, a pena do mais grave, obrigatoriamente aumentada. Este aumento é entregue ao criterio dos magistrados. Entretanto, com referencia ás multas, o aumento foi desde logo fixado em um terço ou metade. A incongruencia é palpavel.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

costa-riquense, 81; chileno, 174).[47]). Nenhuma adopta, em sua pureza e exclusividade, o principio da absorpção.[48]). Nem a propria França, que por elle mais se inclina, pois estabelece para as contravenções a cummulação. A Belgica, em caso de concurso de crimes, impõe a pena mais grave; mas, se esta é de trabalhos forçados, detenção temporaria ou reclusão, permitte que seja elevada a mais cinco annos acima do maximo. O Luxemburgo segue identico systema, modificando-o em dois pontos: estende-o tambem aos delictos e faculta a exasperação até o dobro do maximo da pena mais grave. Methodo egual é adoptado por diversos codigos cantonaes da Suissa, sem distincção entre as especies de acções puniveis. A Italia cumulava com a pena mais grave determinada fracção (1/6 a 1/2) da duração conjuncta das penas menos graves. Este processo não se applicava á pena de ergastulo, que absorvia todas as outras, nem ás pecuniarias, que eram addicionadas até certo montante. Os maximos legaes das penas privativas da liberdade não podiam ser excedidos.

O codigo fascista preferiu ao systema da absorpção e ao appellidado do cummulo juridico o da cummulação material. Em defesa dessa preferencia, se allegou que esta ultima tinha a indiscutivel vantagem de reforçar a tutela penal com grande simplicidade e presteza. Que o systema do cummulo juridico representava um compro-

---

47) No direito inglês impera a regra — *quot delicta, tot poena.* Os tribunaes, todavia, procuram mitigar-lhe o rigor, permittindo que as penas sejam cumpridas ao mesmo tempo, o que redunda em absorpção. Veja-se a respeito P. Merkel, na *Vergleichende Darstellung*, V, pags. 327 e 368. A cumulação é tambem adoptada em França e em alguns cantões suissos em materia de contravenções.

48) A unica excepção, se não nos enganamos, é constituida pela genebrina, que assim dispõe: "En cas de concours de plusiers crimes ou délits, la peine la plus forte era seule prononcée (art. 39)".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

misso entre as duas orientações oppostos, "un miscuglio ibrido di principii mal conciliabili". Que o da absorpção não mais podia justificar-se, pois importava em absurda impunibilidade para os crimes concorrentes, qualquer que fosse o numero e a importancia delles. [49]).

Para evitar certas consequencias praticas do sytema escolhido, como, por exemplo, que penas detentivas temporarias se transmudassem em perpetuas, viu-se o legislador italiano constrangido a estabelecer determinados limites á respectiva applicação. No caso de concurso de crimes que importem penas principaes detentivas (reclusão e arresto) e pecuniarias, a pena unica a ser imposta não poderá ser superior ao quintuplo da mais grave entre as penas concorrentes, nem exceder de 30 annos para a reclusão, 6 para o arresto e 150.000 liras para a multa (400.000 quando o juiz se valha da faculdade de aumental-a, attendendo ás condições economicas do réu). Se os crimes importarem penas detentivas de especies differentes (reclusão mais arresto), a pena unica não poderá superar 30 annos. As penas detentivas em que forem convertidas as pecuniarias não excederão de 4 annos para a reclusão e 3 para o arresto. As penas accessorias temporarias têm o limite maximo de 10 annos, se se tratar de interdicção dos officios publicos ou de uma profissão ou arte; e de 5, se de suspensão de uma profissão ou arte.

Concorrendo varios crimes punidos com esgastulo, impor-se-á a pena de morte. No concurso da pena de ergastulo com outras detentivas, applicar-se-á a primeira, com isolamento diurno por um periodo de 6 mezes a 4 annos.

Superlativamente rigoroso o systema do moderno codigo italiano. Elle está de accordo com o espirito que

---

49) *Lavroi preparatori*, parte 1.ª, pag. 127.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

anima toda a reforma levada a cabo pelo governo da dictadura. Sobrava razão a Manzini para affirmar, como fez, que o direito penal era o thermometro da liberdade politica de um povo.

A Hollando adopta a cummulação mitigada, limitando-a por um maximo. Cada delicto soffre a sua propria pena; mas as penas a applicar conjunctamente são sujeitas a uma duração maxima commum, sem prejuizo de sua duração minima ordinaria. A Allemanha emprega, relativamente aos crimes e delictos, uma pena complexa (*Gesammtstrafe*), consistente em uma elevação da pena mais grave dentro de certos extremos. Isto em se tratando de penas privativas da liberdade (não todas). Em materia de contravenções, vigora a cummulação material. A Noruega creou um systema proprio, que bem se póde cognominar de combinações das penas (§ 62).

Em nosso continente, o codigo do Uruguay manda applicar ao culpado de dois ou mais delictos a pena do maior, augmentada em relação ao numero e gravidade dos outros delictos, mas sem que o aumento possa exceder a metade da dita pena (art. 78). O da Argentina adopta, sendo as penas da mesma especie, a cummulação, limitada pelo maximo da pena mais grave; sendo as penas de differente natureza, a absorpção aggravada. No caso de indivisibilidade de alguma das penas, será ella a applicavel. Concorrendo prisão perpetua e reclusão temporaria, prefere a primeira. O do Perú impõe, na concorrencia ideal, uma das penas; e, em caso de differença entre ellas, a mais grave (art. 105); na real, a pena mais grave, devendo o juiz tomar em consideração os crimes concorrentes para fixar a mais severa repressão (art. 108).[50]).

---

50) **Confronte-se com o art. 23 do projecto Ferri.**

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

As multas se cummulam, sem que possam, todavia se estender além de certo limite, a não ser que algumas das infracções tenha um maximo que o exceda.

O projecto brasileiro, como já assignalamos, reconhece as duas especies de concurso; mas, apesar disso, as assemelha, submettendo-as ao mesmo regime.

A ligeira exposição que acabamos de fazer mostra claramente quanto as legislações divergem, quando tratam de estabelecer a maneira de fixação da pena a ser empregada no concurso real. Nenhuma das soluções escapa ás criticas e censuras.

As legislações commumente inserem disposições a respeito das penas accessorias e medidas de segurança. Assim — um exemplo entre muitos — a polaca declara: "As penas accessorias e as medidas de segurança são applicaveis, ainda que se achem estabelecidas para uma só das infracções concorrentes (cod. pen., art. 34, 1)". O projecto brasileiro tambem consigna identico preceito, nos seguintes termos: "Basta que um dos crimes reclame pena accessoria, ou medida de segurança, para que qualquer dellas se applique". [51]).

Varios codigos dispõem ainda acerca do concurso no caso de julgamentos separados (allemão, § 79; hollandês, art. 63; norueguês, § 64; japonês, §§ 50-52; polaco, art. 35, etc.). O projecto brasileiro prevê a hypothese de coexistirem duas ou mais sentenças applicando ao mesmo individuo penas identicas, sem observancia das regras do concurso (art. 110); e accrescenta que a unificação das

---

51) Acerca das penas accessorias no concurso de crimes leia-se P. Merkel, na *Vergleichende Darstellung*, vol cit., pag. 372.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

penas será obtida mediante revisão pelo tribunal competente (art. 114).[52]).

Perante as legislações que não contêm preceito expresso a proposito, a solução tem sido no sentido de serem applicadas as regras do concurso, embora os julgamentos se realizem em tempos diversos. Isso se dá com o nosso codigo. A jurisprudencia que assim decide é perfeitamente justa e razoavel.[53]) [54]).

---

52) Incompleto e defeituoso o dispositivo. Alguns codigos applicam as regras do concurso tão sómente ao crime anterior ao primeiro julgamento (allemão, § 79; norueguês, § 64; polaco, art. 35, etc.). Outros determinam a applicação a quaesquer crimes, anteriores ou posteriores. Estão nesse numero o argentino (art. 58) e o italiano actual (art. 80), que tambem se referem ao caso da existencia de duas sentenças. O projecto brasileiro cogita exclusivamente desta ultima hypothese. Além disso, restringe injustificavelmente a alludida applicação ás penas identicas.

53) Consulte-se Galdino Siqueira, *Dir. pen. bras.*, n. 458.

54) A literatura estrangeira, principalmente italiana e allemã, sobre o concurso de crimes e de penas, é muitissimo rica. Recommendam-se, entre os escriptores da primeira nacionalidade, Alimena, na *Enciclopedia*, de Pessina, v. V, com extensa bibliographia; e, entre os da segunda, P. Merkel, na *Vergleichende Darstellung*, A. T., V, 269 e segs. Entre os modernos, optimamente, v. Hippel *Deut. Strafrecht*, II, §§ 36-38.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 67 — Nenhuma presumpção, por mais vehemente que seja, dará logar á imposição de pena.

I. — E' uma *lex fugitiva*. Outro era o seu logar. No codigo de 1830, de onde foi quasi que literalmente transplantada, tinha ella explicação até certo ponto acceitavel.[1]. No de 1890, a sua reproducção representa imperdoavel inadvertencia. A sua necessidade ou conveniencia havia desde muito tempo desaparecido.

O preceito contido no artigo que commentamos não passa de uma regra de prudencia: não devem os juizes, quando tenham de impor penas, contentar-se com provas resultantes de méras presumpções, por mais vehementes que ellas sejam. Taes provas, aos olhos do legislador, são sempre insufficientes para uma condemnação penal.

Cumpre não confundir a presumpção, consequencia que se deduz daquillo que *plerumque fit*, com o indicio, relação, mais ou menos directa, entre um facto certo e outro sujeito a demonstração.[2]. A prova indiciaria, quando perfeita, é capaz de produzir a certeza juridica e de autorizar a imposição de penas, por mais graves que ellas sejam.

Quando essa especie de prova póde ser considerada sufficiente para justificar a condemnação do individuo

---

1) Thomaz Alves, *Annotações*, I, pag. 482.

2) Vejam-se a respeito: Sergio Loreto, na *Rev. de jurisprudencia*, V, pag. 131; e J. Monteiro, *Theoria e pratica do processo*, II, § 172, n.1.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

a quem se imputa a autoria de um crime? Legislações antigas tentaram estabelecer regras a respeito. Os modernos codigos de processo equiparam inteiramente a prova indirecta ou indiciaria com a directa ou natural. Forçoso é reconhecer, entretanto, que ella offerece, mais do que a ultima, dificuldades e perigos. Estes principalmente são muito grandes. A mór parte dos erros judiciarios tem tido como causa a má apreciação dessa prova. [3]).

II. — Em rigor, tanto sob o ponto de vista do direito substantivo como do adjectivo ou processual, não consagra uma verdade o preceito do artigo supra. A punição dos crimes repousa em uma presumpção — a do conhecimento, por parte do delinquente, da norma juridica (*nemo censetur ignorare legem*). A credibilidade da prova por testemunhas — prova por excellencia no processo criminal — descança, em ultima analyse, em outra presumpção — a de ter a testemunha podido e querido dizer a verdade.

Em nenhum codigo de quantos conhecemos se encontra disposição egual a do artigo acima.

---

3) Sobre a prova indiciaria, além do excellente escripto de Kleinschrodt, traduzido nos *Scritti germanici* de Mori, a monographia de Lopez Moreno, *La prueba de indicios;* e mais recentemente, o artigo de F. R. Rittler, *Der Indizienbeweis und sein Wert*, na *Revue pénale suisse*, XLIII pag. 173.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 68 — O condemnado que achar-se em estado de loucura, só entrará em cumprimento da pena quando recuperar as suas faculdades intellectuaes.

§ unico — Se a enfermidade manifestar-se depois que o condemnado estiver cumprindo a pena, ficará suspensa a sua execução, não se computando o tempo da suspensão no da condemnação.

I. — A primeira parte do dispositivo supra reproduz o pensamento contido no art. 64 do codigo da monarchia. Este por seu turno não fazia mais do que repetir, em linguagem nossa, a maxima dos antigos doutores — *differtur exequutio usque ad supervenientiam sanae mentis*. O paragrapho unico completou o texto anterior, mandando suspender, no caso de loucura superveniente, a execução da pena. Nesta se não computa o tempo da suspensão.

A solução que o legislador patrio preferiu, determinando que não fosse levada em conta na execução da pena o tempo da suspensão, foi severamente criticada pelo eminente alienista Franco da Rocha. A loucura — escreveu elle — é uma molestia, como a pneumonia, como a febre typhoide, etc.; entretanto, o pneumonico que permanecer por dois ou tres mezes na enfermaria da penitenciaria não soffrerá accrescimo desse tempo no cumprimento da pena. Porque, pois, exceptuar com tão sensivel parcialidade o insano?

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Já antes desse notavel especialista havia o professor João Vieira se externado desfavoravelmente ao disposto em nosso codigo. [1]). Em sentido diametralmente opposto se manifestou o illustre psychiatra dr. Moraes Mello: "A lei actual, muito sabiamente, determina que o tempo que um sentenciado passar em hospital de alienados em tratamento de doença mental não seja computado na execução da sentença. Juizes ha, porém, que entendem o contrario do que a lei prescreve e contam como parte da sentença o periodo do internamento. A pena ou é um castigo ou é um meio educativo. Se é um castigo, póde o louco sentíl-o? Se é um meio educativo, póde alguem pretender educar um louco?" [2]).

Antes de expender a nossa opinião, vamos fazer um ligeiro estudo de legislação comparada. Comecemos pelos codigos sul-americanos. O da Argentina dispõe no art. 25: "Si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena". [2-a]). O do Uruguay não diverge, dizendo no art. 87: "Si la sentencia impusiere ó hubiere impuesto privación o restricción de la liberdad, se imputará a su duracion el tiempo de la locura o demencia". [2-b]). Tambem o chileno (art. 81), o peruano (art. 124) e o venezuelano (1926) seguem o mesmo rumo. O penultimo, entretanto, exclue a computação, quando o condemnado houver maliciosamente provocado o seu in-

---

1) *Codigo penal,* part. geral, pag. 349.

2) *Revista de criminologia e medicina legal,* I, pag. 36.

2-a) Gonzalez Roura, *Derecho Penal,* II, pag. 297, qualifica como "más sentimental que scientifico e conveniente" o principio, que vigora no codigo de sua patria, da computação. Quanto á inconveniencia da medida, não nos consta que alguma vez ella houvesse sido verificada.

2-b) A citação refere-se ao codigo antigo. O actual não reproduziu o dispositivo transcripto, nem dispoz a respeito.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

ternamento em um hospicio ou hospital. O ultimo tambem o faz, se a enfermidade houver sido voluntariamente provocada. Estes dois codigos não se referem unicamente á loucura. Abrangem outras molestias.

Passemos ás legislações européas. O codigo espanhol de 1870 não mandava computar o tempo que o condemnado estivesse em um hospicio ou estabelecimento hospitalar. O de 1928 tomou direcção contraria. Segundo elle, a permanencia do réu no manicomio (que, tratando-se de penas de menor gravidade, podia ser particular) lhe devia ser abonado no cumprimento da pena, salvo quando houvesse fundado motivo para acreditar ("se acredite cumplidamente") ser fingida a perturbação mental. Referindo-se a este ponto, escreveu o emerito professor Jiménez de Asúa: "Este preceito constitue acertada innovação que não tem precedente no codigo derogado. Emquanto a pena correspondia unicamente ao conceito de expiação, era preciso que o réu tivesse consciencia do mal moral soffrido. O computo do tempo em que esteve submettido o tratamento em manicomio judicial ou particular é, sem duvida, um passo para o conceito moderno da pena". [3]). A reforma de 1932 manteve essa solução (art. 86).

Em França, o tempo que o condemnado passa em tratamento fóra da prisão, por motivo de doença ou alienação mental, é comprehendido no duração da pena. [4]). A lei finlandêsa sobre execução de penas dispõe expressamente no mesmo sentido. Era esse o principio consagrado no direito italiano, [5]), mas o codigo em vigor o repudiou. Lê-se no art. 148 desse codigo: "Se, prima

---

3) *Derecho penal*, I, pag. 598.

4) Roux, *Cours de droit criminel*, pag. 366.

5) Masucci, na *Enciclopedia* de Pessina, III, 391.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

dell'esecuzione di una pena restrittiva della libertá personale o durante l'esecuzione, sopravviene al condannato una infermità psichica, il giudice, qualora ritenga che l'infermità sia tale da impedire l'esecuzione della pena, ordina che questa sia differita o sospesa e che il condannato sia ricoverato in un manicomio giudiziario, ovvero in una casa di cura e de custodia".

Para justificar a nova attitude tomada, disse o ministro Rocco que a lei até então em vigor, "per una inopportuna solicitudine riguardo alla liberazione del condannato", esquecia a obrigação por este contrahida de submetter-se á pena, emquanto esta, pelos meios regulares, não se extinguisse. Que, estando o condemnado impedido, por motivo de enfermidade psychica, de sentir os effeitos afflictivos e correctivos da pena, ficava conseguintemente excluida a possibilidade de ser computado, na duração da pena, o tempo de reclusão em um manicomio judiciario ou em uma casa de cura ou custodia. [6]).

Na Allemanha, o tempo que o condemnado insano passa em estabelecimento diverso do da prisão, tratando-se, ou em custodia, é descontado na duração da pena. [7]). O mesmo acontece na Dinamarca (cod. actual art. 46).

Se folhearmos os modernos projectos de codificação penal, verificaremos que em varios delles está este principio expressamente adoptado. Encontramó-lo, *exempli gratia,* nos suissos. E tambem no checo-eslovaco. O brasileiro (Sá Pereira, revisto) se acha nesse numero. O seu art. 117 réza: "O tempo da detenção preventiva e o do internamento em hospital ou hospicio, quando não

---

6) *Lavori preparatori,* V, part. 1.ª, pag. 197.

7) Krohne, *Lehrbuch, d. Gefaengniskunde,* pag. 454; Kriegsmann, *Einfuehrung,* 132.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

fôr este (?) obtido por fraude ou simulação, será computado na pena".

Na doutrina, pela computação se pronunciaram v. Kahl, [8]), Goldschmidt, [9]), Aschaffenburg [10]) e outros. O congresso penitenciario de Paris tambem o fez. [11]).

Em resumo: o principio da computação acha-se largamente espalhado nas legislações; e tem por si o suffragio de eminentes penologistas. A clausula de não ser o internamento obtido maliciosamente se nos depara, como vimos, em alguns codigos.

Não ha negar que, sob o ponto de vista rigorosamente juridico, o alludido principio não póde ser justificado. Razões de humanidade, porém, lhe aconselham a adopção, sobretudo se se lhe imprimir caracter facultativo.

II. — O codigo evidentemente só se refere á pena privativa da liberdade. Póde-se tornar effectiva a pena pecuniaria (multa) durante o tempo em que o condemnado se achar em estado de alienação mental? Perante o codigo antigo, responderam affirmativamente Francisco Luiz [12]) e Thomaz Alves. [13]). Em face do actual, dá resposta identica o dr. Galdino Siqueira. [14]).

Em geral os codigos, quando se occupam da influencia que a loucura superveniente do condemnado exerce

---

8) *Geminderte Zurechnungsfaehigkeit,* na *Vergleichende Darstellung,* A. T., I, pag. 78.

9) *Vergleichende Darstellung,* A. T., IV, 397.

10) *Der Rechtsschutz d. gefaehrlichen Geisteskranken,* pag. 287.

11) *Actes,* I, 26; V, 457 e segs.; IV, 362 e segs.

12) *Codigo criminal do Imperio,* nota ao art. 64.

13) *Annotações,* I, pag. 651.

14) *Direito pen. brasileiro,* I, 664.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

na execução da pena, só têm em vista as penas contra a liberdade. Aquelles que, como o italiano em vigor, denegam a computação do tempo de internamento em estabelecimento de cura ou custodia, sob o fundamento de se achar o condemnado, no correr desse tempo, impossibilitado de sentir os effeitos afflictivos ou correctivos da pena, incorrem em verdadeira incoherencia não suspendendo tambem a execução da pena de multa.[15]). Essa execução diz muito bem um monographista allemão — não se harmoniza com a natureza penal da multa, é contraria á natureza e carece de finalidade.[16]).

O codigo português, em seu art. 114, manda sobreestar a execução da pena até que o condemnado recupere as suas faculdades intellectuaes. Sustentando que esse dispositivo comprehende egualmente a pena de multa, pondera judiciosamente o criminalista Abel do Valle: "a multa não representa uma simples divida ou obrigação pecuniaria, é uma pena que produz para o delinquente o soffrimento moral de se ver privado de uma parte desses bens; e, como consequencia, da satisfação de algumas necessidades ou alguns gozos, e o louco não póde ter a consciencia desse soffrimento".[17]).

Os codigos que, attendendo a razões de humanidade (*humanitatis causa*), computam na pena de prisão o tempo em que o condemnado insano esteve em estabelecimento de cura ou custodia, não podem, logicamente, deixar de determinar a suspensão da cobrança da pena

---

15) Procedente a censura do Ottorino Vannini, no *Codice penale illustrato* de U. Conti, I, pag. 612.

16) Rauh, *Die Vermoegentrafen d. Reichsstrafrechts und ihre Reform*, pag. 35.

17) *Annotações ao cod. pen. português*, pag. 412.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

pecuniaria (multa), durante a insanidade, pois motivos da mesma natureza militam em favor da suspensão.

Em summa, qualquer que seja o principio preferido — o da computação ou o inverso — deve a execução da pena de multa ficar suspensa, emquanto o condemnado se achar em estado de loucura.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 69 — A condemnação do criminoso, logo que passe em julgado, produzirá os seguintes effeitos:

a) a perda em favor da Nação ou dos Estados, dos instrumentos e resultados do crime, nos casos em que o offendido não tiver direito á restituição;

b) a obrigação de indemnizar o damno;

c) a obrigação de satisfazer as despezas judiciaes.

§ unico — Esta responsabilidade é solidaria, havendo mais de um condemnado pelo mesmo crime.

I. — A sentença condemnatoria, proferida no juizo criminal, desde que transite em julgado, produz, além de outros effeitos, os constantes do artigo supra. O primeiro dentre elles é a perda da propriedade e posse dos instrumentos e resultados do crime, salvo quando o offendido tiver direito á restituição.

Outr'ora, nas legislações da antiga e media edade, essa perda se estendia, em não poucos casos, com o caracter de pena, a todos os bens do criminoso. Immoral e iniqua era essa pena. Feria não só o culpado, mas tambem sua familia, embora innocente, reduzindo todos

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

á indigencia.[1]. O movimento reformador do seculo XVIII fez do combate a essa especie de castigo — a confiscação — um de seus themas predilectos.

Coube á Toscana, sob a influencia das idéas prégadas por Beccaria, a gloria de, em primeiro logar, abolil-a. Segue-se-lhe a França, na *Declaração dos direitos do homem* (1789). O codigo de 1791 não a incluiu no rol das penas. O de 1810, obra reaccionaria, a revigorou. Finalmente, a Carta de 1814 (art. 66) solemnemente proclamou: "a confiscação fica abolida e não mais poderá ser restaurada".[2]. Na Belgica, na Allemanha, na Inglaterra, emfim em todo o mundo civilisado, deixou essa cruel e exhorbitante penalidade de existir. Reviveu-a, em nossos dias, a Italia, estabelecendo-a, durante a guerra, em materia de deserção qualificada, e, depois daquelle periodo, pela lei de 25 de novembro de 1926, relativamente aos mais graves delictos contra o Estado. Quiz o governo fascista introduzíl-a no novo codigo penal, mas a consciencia juridica do povo se revoltou contra esse retrocesso.[3]. O nazismo allemão não se vexa de

---

1) Rossi, *Traité de droit pénal*, I, cap. 3, pag. 210: "La confiscation n'est pas une peine personelle; elle est immorale. Réduisant, non seulement le condamné, mais sa famile par contre-coup à l'indigence, elle atteint l'innocent à l'occasion du coupable..." Tanto o direito romano como o germanico usaram dessa pena. Encontramo-la no antigo direito português e no brasileiro do Imperio applicada nos crimes dessa especie.

2) No intresse da defesa nacional, a França a restabeleceu durante a grande guerra, em relação aos autores de attentados contra a segurança exterior do Estado. Mas a lei de 14 de novembro de 1918 limitou-lhe o effeito á quota disponivel, mantendo o direito dos reservatarios.

3) O projecto preliminar incluia entre as penas accessorias o confisco geral dos bens ou rendas do condemnado. O definitivo conservou, apesar da repugnancia com que a proposta foi recebida, essa engulhosa medida — "sopravivvenza anacronistica e terroristica di legislazioni ormai sorpassate". A Universidade de Sassari (rel. o prof. Pili), que assim se exprimiu, observou incisivamente: "Questo odioso duplicato della pena pcuniaria, se può essere con-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

propugnar a adopção dessa anachronica medida penal. O *Memorial prussiano* a recommenda para os casos de traição, sabotagem economica, corrupção, etc. (pg. 142).[4]).

As legislações modernas toleram apenas, ainda assim em limites bem estreitos, o confisco parcial. Os instrumentos e productos do crime são, em regra, os objectos em que essa medida recae. Casos ha, como adiante veremos, em que, embora não exista crime, é ella autorizada ou ordenada. E' o chamado confisco autonomo (na technologia dos allemães) ou real (na dos francêses).

Muitissimo se discute a respeito da verdadeira natureza juridica do confisco. Uns o reputam simples effeito civil da condemnação criminal. Outros, como pena. Outros, como medida de segurança. Não poucos escriptores, dos mais diversos países, distinguem varias especies de confisco, attribuindo a cada uma dellas indole

---

sono allo spirito del codice penale della Russia dei Soviety (art. 32 e 38), è però in aperto contrasto con l'attuale evoluzione della coscienza giuridica italiana, come lo dimostra lo sfavore con cui fu accolto il suo inopportuno ripristino nel codice penale eritreo (art. 34), nell'ordinamento della giustizia nella Somalia (art. 81 R. Decreto 8 giugno 1911 contro i sudditi coloniali e assimilati) e nel R. Decreto-legge 1.° dicembre 1917 contro i disertori (*Lavori preparatori*, III, parte prima, pag. 279)". Muitas outras vozes se levantaram contra a inclusão dessa pena. O ministro (Rocco) procurou justifica-la, não só com a prevalencia do interesse do Estado sobre as espectativas dos herdeiros legitimos, mas tambem com o argumento de que, se o damno causado á familia do delinquente podesse servir de criterio para a determinação da justiça das sancções penaes, seria preciso supprimir toda pena pecuniaria e as proprias penas detentivas, que, não raramente, privam a familia de seu unico sustento. Accrescentou ainda que o Estado não ficava impossibilitado de acudir aos parentes mais proximos do condemnado que se encontrassem em situação de precisar de auxilio. Que o projecto, nesse sentido, concedia ao juiz poderes equitativos (*ob. cit.*, V. parte primeira, pag. 75). Essas razões não impediram que o codigo excluisse de seu systema penal a medida profundamente deshumana e aberrante do confisco geral.

4) Siegert, *Grundzuege d. Strafrechts in neuen Staat.* pag. 68, applaude a idéa do confisco de todo o patrimonio do autor de crimes graves.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

differente. Nos codigos se reflecte esta discordancia de opiniões.

A primeira dentre ellas era sustentada principalmente pelos criminalistas italianos (como Florian, Conti e outros) que escreveram tendo deante dos olhos o codigo zanardelliano. Ahi, realmente, apparecia o confisco, em ambas as suas formas, como effeito da sentença ou condemnação. Inserto no titulo que tinha como epigraphe — *Degli effetti e della esecuzione delle condanne penali,* dispunha o art. 36: "Nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il delitto, e delle cose che ne sono il prodotto, purchè non appartegano a persone estranee al delitto. Ove si tratti di cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o la vendita delle quali costituisca reato, la loro confisca è sempre ordinata, quand'anche non vi sia condanna, e ancorchè esse non appartengano all'imputato".

Como se vê, nesse afamado codigo, o confisco, ás vezes facultativo, outras obrigatorio, podendo, no primeiro caso, recahir sómente em bens do condemnado, e, no segundo, em outros, alheios, não tinha o caracter de pena. Este ponto, entretanto, não é pacifico entre os interpretes do mencionado codigo.

Clara é a natureza da confiscação, como effeito civil do delicto, no codigo uruguayo (art. 105).

A segunda das referidas opiniões — a da natureza puramente penal do confisco — quasi que não tem quem a defenda. São os criminalistas francêses os que por ella mais se inclinam. Como pena accessoria ainda apparece o confisco em varias legislações.[5]).

---

5) Entre as mais recentes, a polaca (cod. pen., art. 44).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A terceira, que o considera como medida preventiva de segurança, tem no criminalista suisso Hafter um de seus mais estrenuos defensores. Para elle, ao Estado pouco interessa que, além da pena, soffra o condemnado a perda de alguns bens. O que lhe importa é saber se os *instrumenta aut producta sceleris* offerecem perigo para a tranquillidade dos individuos, a ordem publica ou, eventualmente, a moralidade. Se isto se dá, tem o Estado o direito de confiscar taes objectos, sem preoccupar-se com a punibilidade de uma pessôa. Não existindo o perigo (tomada esta palavra em accepção ampla), tem o confisco, como ataque repressivo ao patrimonio do delinquente, diminuta significação. Deve elle ser unicamente medida de segurança. [6]).

O hodierno codigo italiano collocou-se nesse ponto de vista. Duas são as medidas de segurança patrimoniaes que elle menciona — a caução de bôa conducta e o confisco (art. 236). Este é facultativo (no caso dos instrumentos e productos do crime) ou obrigatorio (relativamente ás cousas que representam o preço do delicto ou cuja fabricação, uso, porte, detenção ou alienação constituem crime). O primeiro e tambem o segundo (este na hypothese concernente ao *praectium sceleris*), não se applicam se a cousa pertence a pessôa alheia ao crime. O segundo egualmente não tem applicação, quando — além do caso de ser a cousa de pessôa estranha — a fabricação, o uso, o porte, a detenção ou alienação podem ser consentidas, mediante autorização administrativa.

Como simples medida de segurança, é o confisco reputado no codigo yugo-eslavo. [7]). Com esse caracter

---

6) *Lehrbuch d. schw. Strafrecht*, pag. 305.

7) Dusan Dgemekow, *Das neue Jugoslawisch Strafgesetzbuch* na *Monatsschrift* de Aschaffenburg, 1929, pag. 396.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

foi elle adoptado no projecto allemão de 1925. A inserção do dispositivo concernente ao confisco no capitulo das medidas de segurança — disse a exposição de motivos — indica que elle só póde e deve ser decretado quando occorra perigo. Nem todo instrumento ou producto de crime é perigoso. [8]).

A derradeira das opiniões que enumeramos attribue ao confisco uma dupla physionomia. Frank o conceitúa, quando referente aos instrumentos e productos do crime, como pena; e, quando aos objectos prohibidos ou perigosos, como medida preventiva. Goldschmidt reputa-o, no primeiro caso, effeito juridico da sentença condemnatoria (*Rechtsverwirkung*); e, no segundo, medida de policia ou segurança. Esta teoria dualistica é, na Allemanha, a que conta maior numero de adeptos. E' tambem a mais diffundida na doutrina e na legislação dos demais países. [9]). Nesse rol se inscreve a nossa.

Pelo artigo que commentamos, é o confisco effeito civil da condemnação, *ad instar* da indemnização do damno causado pelo delicto e do pagamento das despezas do processo. Em diversos pontos da parte especial, se nos depara elle como pena complementar ou accessoria. Assim, exemplificando, no crime de moeda falsa (art. 239 e segs.), no de falsificação de papeis de credito do governo federal, dos Estados e dos bancos (art. 245 e segs.), na violação dos direitos de propriedade literaria e artistica (art. 342 e segs.), na dos direitos de patentes de invenção e descobertas (art. 351 e segs.), etc.

No projecto destinado a substituir o codigo vigente (Sá Pereira, revisto), figura o confisco entre as penas

---

8) *Begruendung*, pag. 47.

9) Com toda nitidez distingue o ante-projecto de revisão do codigo penal francês as duas feições attribuidas ao confisco. Como pena complementar, o regula o art. 48; e, como medida judiciaria de policia, o art. 86.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

(accessorias). Com esse caracter, inexplicavel é que se execute — como prescreve a segunda alinea do art. 95 — contra a successão. E tambem que se imponha, "embora não se possa processar ou condemnar pessôa certa (art. 96)". *De lege ferenda,* o melhor modelo para as legislações futuras é, segundo nos parece, o moderno codigo italiano. Só como medida de segurança póde o instituto do confisco ser logicamente construido. [10]).

II. — A confiscação dos instrumentos e resultados do crime é, em nosso país, obrigatoria e opéra *ope legis.* Este systema, como notou Lucchini, quando se tratava da elaboração do codigo italiano de 1889, póde levar a verdadeiros absurdos ou enormidades (confiscação de um navio, de um trem, de um edificio, etc.). Porisso as legislações mais perfeitas apenas permittem a decretação do confisco (codigo norueguês, §§ 34 e 35; polaco, art. 50, § 1.º; dinamarquês, art. 77, etc.). Na italiana é a medida ás vezes facultativa, outras, obrigatoria. [11]).

Não distingue o codigo patrio entre crimes dolosos e culposos. Conseguintemente, desde que ao interprete não é licito distinguir onde a lei não o faz, também á ultima especie de infracções se applica o confisco. Nem todas as legislações assim dispõem. A allemã, por exemplo, falla em crime ou delicto doloso (cod. pen., § 40). A hollandêsa tambem o circumscreve ao caso dos crimes intencionaes, salvo quando, em crimes de outra natureza ou em contravenções, a lei expressamente o determinar (cod. pen., art. 33).

Em nosso direito deve ser confiscado o carro do automobilista que, por imprudencia ou negligencia, fere

---

10) O caracter unitario do confisco, como medida de segurança, torna facil a solução de mais de um problema a que o mesmo dá logar.

11) A lei de imprensa (dec. n. 24.776, de 14 de julho de 1934), nos arts. 12 e 67, prevê a apprehensão e perda de impressos, com caracter obrigatorio.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

ou mata um transeunte. Felizmente, a pratica tem sabido evitar extremos dessa ordem.

Estão sujeitos á confiscação, de accordo com o artigo que commentamos, os instrumentos e resultados do crime, nos casos em que o offendido não tiver direito á restituição. Instrumentos do crime são os objectos empregados na pratica ou execução do mesmo crime. Os que se destinavam a esse fim, mas não foram utilizados não podem soffrer o confisco. Póde este recahir nas cousas que apenas serviram para o preparo (como a vasilha em que foi manipulado o veneno) do crime? Em face do codigo de seu país, respondem negativamente Frank, Schwartz e outros. *De jure nostro,* tambem a nós nos parece que a resposta deve ser identica. Não são egualmente susceptiveis de confisco os objectos de que o delinquente, após o facto, se serviu para occultar o delicto ou para fugir.[12]). Não se dá o mesmo com os que o terceiro se utiliza para prestar auxilio posterior ao delinquente (se a cumplicidade *ex post* fôr punivel).

Costumam os codigos isentar do confisco os instrumentos pertencentes a terceiros alheios ao crime.[13]). E' omisso o nosso a respeito, pois a clausula — "nos casos em que o offendido tiver direito á restituição" —

---

12) Schwartz, *Strafgesetzbuch,* § 40; Olshausen, *Kommentar,* n. 9; Frank, *Strafgesetzbuch,* n. III, 2; U. Conti, na *Enciclopedia* de Pessina,, IV, 893; Haus, *Principes,* II, n. 790, etc.

13) O allemão, por exemplo, diz — "sofern sie (die Gegenstaende) dem Thaeter oder einem Teilnehmer gehoeren". O italiano servindo-se de uma forma negativa, destinada a fazer recahir o onus da prova na parte contraria — "purchè non appartengono a persone estranee al delitto". De accordo com o primeiro, *inter alios,* o peruano (art. 46); com o segundo, o dinamarquês (art. 77). E' sufficiente que o criminoso (autor ou cumplice) seja dono do objecto na occasião, na época, da sentença (Meyer-Allfeld, *Lehrbuch,* § 55, n. 7; Frank, *ob. cit.,* § 40, II, 2; etc.). Quando se trata de objectos perigosos, cuja fabricação, porte, uso ou venda sejam illicitos, carece de relevancia a questão da propriedade. Embora esses objectos pertençam a terceiros, todas as legislações os sujeitam ao confisco.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

tem significação restricta, refere-se propriamente aos *producta sceleris*. Raramente os instrumentos serão de propriedade do offendido, de modo a ter este direito á restituição. Sem embargo do silencio do texto, pensamos que os *confiscanda* devem pertencer ao autor ou cumplice do crime.

Resultados do crime são aquelles por elle produzidos (v. g., as moédas e papeis falsificados). Como taes podem ser consideradas as cousas antes existentes mas adquiridas por meio do crime, os *sceleris quaesita?* Sómente tomando-se a palavra "resultados" em sentido que rigorosamente ella não tem, póde a resposta ser affirmativa. Os codigos que pretendem abranger tambem essa categoria de cousas o dizem *expressis verbis*. As retribuições ou dadivas não são, em sentido proprio, resultados do crime. O codigo do cantão de Neuchatel, por exemplo, falla em "salarios ou presentes que serviram para provocar ou recompensar o crime (art. 40)". O norueguês, "em proveito de um acto punivel ou a somma de dinheiro equivalente approximativamente a esse proveito (§§ 34 e 36)". O projecto brasileiro enumera como pena o confisco dos instrumentos do crime e dos proventos resultantes delle (art. 51, III). Mas, no art. 95, só falla em "remuneração ou dadiva recebida pelo condemnado". Não se cogitou dos *producta sceleris*. E' uma lacuna a preencher.

As cousas que formam o *corpus delicti* estão sujeitas ao confisco, quando o offendido não tiver direito á restituição. A mór parte das legislações não se referem ao *corpus delicti*. Tem-se entendido ser isso superfluo. O codigo de 1830, no art. 297 (uso de armas defezas), estabelecia como penas —prisão, multa e perda das armas. O actual só menciona a prisão. Apesar disso e de não conter o artigo que commentamos referencia alguma ao *corpus delicti*, sempre se pratica o confisco.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Nada dispõe o nosso codigo acerca do confisco autonomo. O projecto Sá Pereira prevê o caso, dizendo (consoante a redacção da commissão revisora): "Embora não se possa processar ou condemnar pessôa certa, serão confiscados os objectos que tiverem servido, ou devessem servir, para a pratica da infracção, se offenderem a moral, ou forem perigosos á segurança dos particulares ou á ordem publica". E' a reproducção, em linguagem nossa, do art. 58 do projecto suisso. Trata-se de confisco sem condemnação, de verdadeira medida de segurança.

A quem pertencem as cousas confiscadas? Segundo o artigo que commentamos, revertem ellas em favor da União ou dos Estados. Ensinam civilistas que são bens publicos patrimoniaes da primeira os perdidos pelos criminosos, condemnado pela justiça da União ou do Districto Federal; e que são bens publicos patrimoniaes dos segundos os perdidos pelo condemnado nas justiças estaduaes (Carvalho Santos, *Codigo civil brasileiro interpretado*, II, pags. 121 e 122). Invoca-se como fundadamento de semelhante lição o alludido artigo; mas, sem razão, pois elle presuppõe uma discriminação, que jamais foi feita. Da competencia de uma ou outra das justiças não se póde concluir que os objectos confiscados devam pertencer á União ou aos Estados. [14]).

---

14) Rodrigo Octavio, *Do Dominio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal* (1891), pag. 201, enumera diversos casos de confisco e diz que em todos elles a Nação se torna senhora dos respectivos bens ou valores. Não estabelece, porém, um principio geral. A Constituição de 1934 dispõe, no art. 20, que são do dominio da União "os bens que a esta pertencem, nos termos das leis actualmente em vigor" e, no art. seguinte, que são do dominio dos Estados "os bens de propriedade destes pela legislação actualmente em vigor..." Nada, pois, adianta para a solução do problema. Este ainda não despertou a curiosidade dos estudiosos.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Quanto ao destino dos objectos confiscados, não o prescreve o nosso codigo. Fazem-no outros, antigos e modernos. O norueguês declara que os bens confiscados, salvo disposição especial em contrario, revertem em beneficio do Thesouro. Mas que, se o crime tiver causado damno e a victima não puder obter reparação do condemnado, serão esses bens empregados na indemnização dos prejuizos (§ 37). Neste sentido tambem dispõe o codigo dinamarquês (art. 77, 2.) O polaco diz que "les objects répris sont versés ao Trésor de l'État pour les besoins des établissements pénitentiaires de correction et prevention (art. 50, 3.º)".

O projecto brasileiro manda que os objectos, segundo a sua natureza, sejam inutilizados, destruidos, ou vendidos, recolhendo-se o producto aos cofres da União ou dos Estados. Accrescenta, porém, que, em favor da victima, seu conjuge, ou filhos, sempre poderá abrir mão o juiz, no todo ou em parte, do direito do Estado, ou da União, sobre a cousa confiscada, que se não deva inutilizar ou destruir (art. 97 e 95, § unico).[15]).

---

15) O Codigo Penitenciario manda crear o Museu Criminal do Brasil, ao qual deverão ser recolhidos os objectos que tenham servido para a pratica das infracções e que offereçam interesse artistico, tradicional ou scientifico. Os outros serão vendidos em beneficio do Fundo Penitenciario (art. 842 e segs.). O codigo argentino contém esta salutar disposição: "Los instrumentos decomisados no podrán venderse, debiendo destruirse. Pueden aprovechar sus materiales los gobiernos de provincia o el arsenal de guerra de la nación (art. 23)". Justificando a prohibição, escreveu a commissão especial de legislação penal da Camara dos deputados: "Actualmente los efectos e instrumentos decomisados quedan en los juzgados o policías y de tiempo en tiempo se venden, devolviéndose a la circulación armas y objectos que no pueden servir sino para repetir hechos delictuosos. La generalidad de las personas rechaza el proposito de adquirir armas viejas con las cuales se han cometido crímenes. Los únicos que pueden concurrir a los originales remates que hoy se hacen de esos instrumentos son los individuos avezados al delicto, a quienes la misma justicia proporciona elementos baratos para que continuen ejerciendo sus actos

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O codigo allemão se occupa, no § 41, de uma medida que não apparece em outros codigos. É a *Unbrauchbarmachung* (reducção da cousa a estado de não servir), applicavel aos escriptos (impressos ou não), quadros (inclusive filmes cinematographicos), etc., que contenham obcenidades. Dizem os interpretes que o traço distinctivo dessa medida consiste em não passarem a propriedade e a posse de taes objectos para o fisco, como acontece no caso da confiscação. [16]).

III — O segundo dos effeitos que, de accordo com o artigo que commentamos, a condemnação do criminoso produz — é a obrigação de indemnizar o damno.

Ha na redacção do dispositivo uma impropriedade de linguagem. A obrigação de reparar o damno decorre do facto illicito: [17]) a sentença é puramente declarativa.

A materia da satisfação do damno causado pelo delicto era minuciosamente disciplinada no codigo de 1830. Em seu art. 31, assim dispunha elle: "A satisfação não

---

antisociales". Devem os instrumentos em que tenha recahido o confisco ser convenientemente aproveitados; nunca, porém, vendidos.

16) Sobre o confisco a mais rica literatura é a allemã. Consultem-se: Nissen, *Die Einzichung;* Koebner, *Die Massregel der Einzichung der Produkte u. Werkzeuge eines Deliktis;* Goldschmidt na *Vergl. Darstellung*, A. T., IV, pag. 282, etc. Excellente o commentario de Frank, ao § 40 do codigo penal de seu país. Veja-se, dos nossos escriptores, João Chaves, *Sciencia penitenciaria*, 164.

17) Das consequencias prejudiciaes do facto illicito (*torto*) — diria um dos mais modernos monographistas do assunmpto (Antolisei, *L'offesa e il danno nel reato*, pag. 49 e segs.). Para elle, "il danno è un elemento straneo alla figura giuridica del torto; è un risultato, un effetto del torto". Contra essa distincção se manifestou Carnelutti (*Teoria generale del reato*, pag. 230). A seu ver, o damno *não deriva* do acto illicito (crime): é o proprio acto illicito (crime). Com este ultimo concordam Rocco e Grispigni. A questão se nos antolha, praticamente, destituida de importancia.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

terá logar antes da condemnação do delinquente por sentença no juizo criminal passada em julgado." Em tres casos, porém, abria excepções a essa regra: *a*) no de ausencia do delinquente; *b*) no de fallecimento deste antes da sentença; e *c*) no de preferir o offendido a acção civil. Adoptava, pois, o codigo o principio da adhesão, facultando ao offendido a preferencia pelo fôro civel.

De accordo com o mencionado principio, preceituava o codigo do processo criminal, no art. 338: "A mesma sentença que condemnar o réu na pena o condemnará na reparação da injuria e prejuizos, que se liquidarão no fôro commum, *si tal liquidação fôr necessaria.*" Essa liquidação se fazia por meio de arbitros (art. 290).

A lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841 modificou completamente o systema anterior. A indemnização passou a ser desde então, em todos os casos, da competencia da justiça civil. Entretanto, uma restricção se impoz: não se poderia mais questionar sobre a existencia do facto e sobre quem fosse o seu autor, quando essas questões se achassem resolvidas no crime (art. 68).

Já em outro logar indicamos as divergencias a que esta clausula deu logar, entendendo uns que ella comprehendia tanto as sentenças condemnatorias como as absolutorias, outros que só as primeiras. A despeito da pouca clareza do alludido dispositivo, das questões que suscitou, foi elle reproduzido no art. 1.525 do codigo civil. Persistem assim as duvidas levantadas na vigencia da lei antiga.

A reforma de 1841 se afigurou a muitos como passo progressivo. Actualmente, a tendencia, na doutrina e nas legislações, é para a volta ao systema que o nosso primeiro codigo preferiu. O juiz criminal — affirma-se — não deve limitar-se a impôr a pena; cumpre-lhe tambem condemnar o delinquente ao resarcimento dos pre-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

juizos causados ao offendido. E' preciso — argumenta-se — que em favor deste se estabeleçam regras especiaes, capazes de tornar realidade o direito, que as legislações lhe asseguram, á reparação do damno soffrido. A sociedade, tão solicita para o criminoso, tem descurado até o presente a protecção devida ás victimas dos crimes. Urge organizar a repressão de modo que tambem esse ponto seja attendido. [18]).

Foi a escola positiva italiana que com mais ardor e insistencia prégou e desenvolveu essas ideas. [19]). O primeiro congresso internacional de anthropologia criminal, realizado em Roma, no anno de 1885, sob proposta de Ferri, Fioretti e Venezian, adoptou a seguinte resolução: "O congresso, convencido de que se faz mistér assegurar o resarcimento civil, não só no interesse da parte, mas tambem porque é elle um dos meios mais efficazes de defesa social, preventiva ou repressiva, contra os crimes — exprime o voto de que as legislações penaes adoptem o modo mais adequado de torná-lo praticamente garantido em todos os processos contra os delinquentes, seus cumplices e receptadores, como funcção social da attribuição do Ministerio Publico em o curso do processo, do juiz na condemnação, da administração

---

18) Prins, *Science pénal et droit positif*, pag. 372 e segs.

19) Precursores das idéas sustentadas por essa escola foram Bentham (*Principes du code pénal*, seg. parte, caps. IX e XVIII; *Traité de législation*, II, pags. 82 e 114), Bonneville de Marsangy. *Institutions complementaires du régime pénitentiaire*, pag. 73 e segs.; Spencer, *Essais de politique*, pag. 311. Ferri, na exposição de motivos de seu projecto, escreveu: "Uma das propostas em que a escola italiana de sociologia criminal mais insistiu desde os primordios de sua existencia foi e é a protecção efficaz que o Estado deve ás victimas dos delictos. E, pois que o delicto commettido não mais póde ser annullado, é o resarcimento do damno por elle produzido o unico remedio que o Estado póde empregar em directa tutela do offendido (*Principii*, pag. 732).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

na retribuição do trabalho carcerario e nas propostas de livramento condicional".

Dois annos depois, publicava Garofalo a sua monographia sobre a *Riparazione alle vittime del delitto*. Propunha elle a substituição, em numerosos casos (sempre que fosse preciso unicamente intimidar e não eliminar ou corrigir), das penas privativas da liberdade pela de multa. E alvitrava os meios que lhe pareciam adequados a tornar effectiva essa pena e a indemnização (hypotheca legal, privilegios, trabalho obrigatorio, etc. [20]).

Ferri, assumindo uma posição radical, já antes havia expendido a opinião (mais tarde varias vezes repetida) de que o Estado, responsavel pela segurança dos membros da communhão, devia chamar a si o encargo de reparar os prejuizos oriundos da pratica de crimes, com direito regressivo contra os delinquentes. A seu ver, a reparação do damno (sancção reparatoria) tinha caracter publico e constituia funcção do Estado, *ad instar* de outras formas de prevenção e repressão dos crimes.

Em seu *Progetto preliminare* (1921), dedicou o insigne vexillario da escola positiva a essa importante materia o capitulo VI do titulo relativo ás sancções. Ahi estabeleceu elle que toda sentença condemnatoria no juizo criminal devia impor ao réu a obrigação de restituir o que havia tirado e indemnizar os prejuizos causados, fixando desde logo uma somma total, se possivel, ou parcial, no caso contrario, em proporção do damno pro-

---

20) A União Internacional de Direito Penal em suas sessões de Bruxellas (1889), Berne (1890) e Christiana (1891), os congressos penitenciarios internacionaes de Paris (1895) e de Bruxellas (1900) se occuparam do importante problema, approvando a adopção de medidas tendentes a assegurar a indemnização. Os dois congressos citados repelliram como inconvenientes algumas das medidas aventadas.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

duzido, da gravidade e modalidade do delicto e das condições economicas das partes. E mais: que essa somma poderia ser aumentada ou diminuida, se, após a sentença, sobreviessem circumstancias que modificassem as condições economicas e a capacidade de trabalho do condemnado. Que, quando o damno não fosse economicamente avaliavel, podia o juiz impôr a obrigação de pagamento á Caixa das multas (*Cassa delle ammende*) de uma somma que não excedesse de 50.000 liras. Que, em todo processo criminal, devia o ministerio publico pedir, não só a condemnação do réu a uma pena, mas tambem á reparação do damno. Que tambem devia o mesmo ministerio publico promover a execução na parte referente á somma fixada para o resarcimento. Que a condemnação condicional, o livramento condicional, a restituição da caução de bôa conducta e a rehabilitação seriam sempre dependentes do resarcimento do damno, em certo prazo. Que simultaneamente com a prisão em flagrante, com a expedição de um mandado ou com o pedido de citação directa, promoveria o ministerio publico a inscripção de hypotheca legal sobre os immoveis do imputado e o sequestro dos moveis (rendimentos, estipendios, salarios), em proporção com o damno a ser resarcido e deixando ao mesmo imputado e sua familia os meios de subsistencia. Que sobre todos os bens do condemnado teria a victima do delicto prioridade relativamente a outros quaesquer creditos, hypothecarios ou privilegiados, posteriores ao mesmo delicto. Que todos os actos, pagamentos ou operações do imputado, iniciado o processo (*dopo il rinvio a giudizio*), se presumiriam fraudulentos e seriam annullados, desde que importassem diminuição do patrimonio ou dos rendimentos ou tornassem impossivel ou mais dificil o resarcimento. Que, quem tomasse parte em taes actos, incorreria em multa até

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

10.000 liras. Que seria nulla toda transacção ou convenção entre o imputado e a victima ou seus herdeiros a respeito dos direitos ao resarcimento, tratando-se de delictos de acção publica. Que nulla tambem seria toda cessão que dos proprios direitos fizessem o lesado ou seus herdeiros, antes da sentença definitiva. Que os delinquentes insolvaveis, condemnados a trabalho diurno ou a segregação, simples ou rigorosa, pagariam a indemnização com um terço de seus salarios. Que os insolvaveis, aptos a trabalhar, mas sem occupação estavel, condemnados a outras penas, seriam obrigados a trabalho diurno, por um anno, no maximo.

Assim, em seus pontos capitaes, foi regulado, no mencionado projecto,[21]), o resarcimento do damno, a chamada sancção reparatoria.

Em 1924, o codigo peruano, na sua linguagem clara e simples, a lembrar a magnifica obra de Stooss, reeditava, com alterações de leve momento, os dispositivos do projecto Ferri. Pouco depois o projecto cubano (Ortiz), prolixamente, como de seu feitio, se occupava do assumpto, inspirando-se nas idéas do criminalista italiano. Nada menos de 64 artigos — todo o livro segundo — consagrou o codigo mexicano (1929) á materia da reparção do damno. Tambem no moderno codigo da Italia foi ella largamente tratada, dando-se-lhe uma systematização nova e organica. Em varios outros codigos, de data antiga e recente, encontramos dispositivos, mais ou menos pormenorizados, a respeito da responsabilidade civil proveniente do delicto (assim no espanhol, no argentino, etc.).

---

21) Para o insuspeito Florian as disposições desse projecto "peccano di eccessivitá e riescirebbere troppo dure per i poveri (*Trattato*, II, § 129)".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O projecto brasileiro (Sá Pereira, revisto) dedica a secção III do cap. II a esta materia.[21-a]). Não só o damno material, mas tambem o moral, obrigam á reparação.[22]). Esta existe sempre, salvo quando a criminalidade do acto fôr excluida (art. 32). O inimputavel responde egualmente pelo damno, mas a sua obrigação "será condicionada pela sua capacidade economica, preferentemente attendida a situação especial em que a inimputabilidade o tiver collocado". Os socios são solidariamente responsaveis pelos actos do infractor que tiver

---

21-a) A collocação foi mal escolhida. O codigo peruano trata da reparação do damno em seguida ao livramento condicional (tit. VII) e entre este e as condições de culpabilidade (tit. IX). Acompanhou o legislador peruano o exemplo argentino. Mais perfeito o codigo do Uruguay. Elle dedica o tit. VII (o anterior regula as medidas de segurança) aos effeitos civis do delicto. O codigo italiano consagra todo o extenso titulo VII (nada menos de treze artigos) ás sancções civis. O titulo anterior se occupa com a extincção do delicto e da pena e o posterior com as medidas de segurança. O projecto João Vieira reservava o ultimo titulo da parte geral á satisfação do damno *ex delicto*. Esta nos parece a melhor *sedes materiae*.

22) A questão da resarcibilidade do damno moral, que deu logar a tantas discussões, se póde considerar hoje, no dominio doutrinario, como definitivamente resolvida. As legislações vão sendo arrastadas pela irresistivel corrente das opiniões á acceitação da these favoravel á resarcibilidade dessa especie de damno. Haja vista o que se passa na Italia. O codigo civil desse país não manda indemnizar o damno moral. Poucos são os escriptores que pensam contrariamente. O projecto de codigo unico italo-francês das obrigações e dos contratos estendeu a todos os damnos, materiaes e moraes, a obrigação do resarcimento (art. 85). Esse principio veio a triumphar no codigo Rocco-Mussolini (art. 185). Tão importante innovação deu occasião á seguinte duvida: a resarcibilidade do damno não patrimonial (como esse codigo preferiu expressar-se) abrange tambem a esphera do direito civil? São discordantes as respostas. Ha civilistas e criminalistas de um lado e de outro. Florian, apontando-os, em bom numero, observa que, com o art. 185 do codigo penal, o legislador repudiou os criterios que o faziam repellir o resarcimento dos damnos moraes; e que a collocação desse dispositivo na lei especial (lei penal) não era argumento decisivo em contrario (*Trattato*, II, pag. 1079, n. 1). O direito civil patrio não acolheu, como regra geral, a idéa da resarcibilidade do damno moral. Consagrada no futuro

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

agido como representante da sociedade.[23]). Solidaria é tambem a obrigação entre os co-autores; mas, se entre elles houver algum inimputavel, "será elle requerido em derradeiro logar, observada a condição estabelecida no 1.º do artigo. Transmitte-se aos herdeiros, até o valor dos bens herdados, a obrigação de reparar. Passa aos do offendido o direito á indemnização. Succedem-lhe os filhos e a viuva, simultaneamente. Não havendo filhos, só a viuva. A indemnização attribuida a esta é impenhoravel por dividas do casal; a attribuida aos filhos, se menores, até que elles attinjam a maioridade. Estas disposições se applicam tambem no caso de familia illegitima. A sentença condemnatoria, ainda quando omissa a respeito da indemnização, no crime será executada como liquidanda no civel. Obedecerá a liquidação aos preceitos do codigo civil, incluindo-se nos alimentos (art. 1.537) a despeza com a instrucção dos menores, cujo pae tiver sido morto ou reduzido á incapacidade de trabalhar. Quando, pelo fallecimento superveniente do inculpado, não puder a sentença ser proferida, a reparação do damno será pedida por acção civil, na qual se permittirá discutir a não criminalidade do acto (art. 8.º).

---

codigo penal essa idéa, surgirá tambem o problema suscitado pelos juristas italianos.

Um dos ultimos codigos penaes promulgados — o da visinha republica do Uruguay — repelliu a doutrina do resarcimento do damno moral. Eis como o autor do projecto desse codigo (Irureta Goyena) procurou justificar o seu ponto de vista: "La cuestión de si debe o no indemnizarse el daño moral, sigue siendo doctrinariamente muy debatida, prevalecendo por lo menos en la Cátedra la opinión afirmativa. Las dificuldades de orden práctica que la reforma suscita, los abusos a que se presta, la inestimibilidad constitucional misma del sufrimiento, me han decidido apartarme de la doctrina más en boga". Razões são essas bem pouco persuasivas.

23) Leia-se: Ferri, *Sociologia criminale* (5.ª ed.), II, pag. 251 e segs. Schoetensack qualificou como feliz solução do problema a patrocinada pelo illustre criminalista italiano (*Vergleichende Darstellung*. A. T. I, pag. 485).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O confronto dos dispositivos do projecto com os que se nos deparam no de Ferri, no codigo do Perú e no italiano mostra a maior perfeição destes ultimos. O assumpto é nelles regulado de modo muito mais completo.

Todos os esforços legislativos para tornar effectiva a indemnização ás victimas dos delictos esbarram diante de um empecilho, de ordem pratica, verdadeiramente intransponivel: é a pobreza da quasi totalidade dos que transgridem as leis penaes. Os que possuem bens e podem com elles responder pelos damnos causados são em numero extremamente exiguo. O trabalho dos condemnados, livre ou carcerario, muito pouco rende. Com elle só poderão ser pagas indemnizações de pequena monta. A creação de caixas de indemnizações não tem correspondido ás esperanças nella postas. O problema só poderá ser satisfatoriamente solucionado com uma medida radical — a responsabilidade, directa ou subsidiaria, do Estado pela reparação dos damnos *ex delicto*. Mas é utopia pensar em semelhante cousa. Como já se disse que a utopia de hoje era a realidade de amanhã, pode ser que, no futuro, venha a triumphar essa justa e seductora idéa.

IV. — O ultimo dos effeitos dà condemnação do criminoso, mencionados no art. 69 é — a obrigação de satisfazer (o mesmo condemnado) as despezas judiciaes. A palavra despezas tem sentido mais comprehensivo do que o vocabulo custas. Estas são importancias, taxadas pelo poder publico competente, destinadas á retribuição de certos actos do processo. Revertem em beneficio dos juizes, membros do ministerio publico, advogados e serventuarios da justiça. As vezes fica o Estado, total ou parcialmente, com a renda dessas taxas.

No regime da monarchia, pertencia o producto das multas e do quebramento das fianças ás municipalidades. Porisso pagavam ellas as custas dos processos criminaes,

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

quando o M. P. decaía. Ainda no caso contrario, isso é, de condemnação do réu, sendo este pobre, satisfaziam ellas as custas, mas sómente pela metade.

Com a implantação do governo republicano, promulgada a Constituição de 1891, passaram os Estados a arrecadar para seus cofres a importancia das multas criminaes e a do quebramento das fianças da mesma natureza. Ficaram os municipios exonerados da antiga obrigação do pagamento de custas e meias custas. Entendeu-se, com solidissimas razões, que aos Estados e não aos municipios cabia esse onus. Quasi todos elles, nos codigos de processo penal que elaboraram (prevalecendo-se da competencia que lhes outorgara o art. 34, n. 22, da Constituição Federal), inseriram regras a respeito do pagamento de custas. Estas foram fixadas nos respectivos regimentos.

Na chamada segunda republica, com a Constituição de 1934, ficou pertencendo a União a competencia para legislar sobre matéria de processo. Tocava, pois, ao legislativo federal consignar, no futuro codigo do processo criminal, as normas relativas á responsabilidade pelas custas nas causas dessa especie.

O projecto da sub-commissão legislativa cuidou do assumpto no titulo XVII; mas fê-lo de modo muitissimo imcompleto. As hypotheses de pluralidade de crimes ou de delinquentes, que apresentam duvidas e incertezas, não foram previstas.[24]).

Diversos codigos penaes se referem, como o nosso, á obrigação do pagamento de custas. O espanhol de 1870 a considerava como pena accessoria; mas a reforma de 1932, com razão, abandonou esse erroneo ponto de

---

24) Com inteira razão, critica Galdino Siqueira o codigo penal vigente pela sua deficiencia no regular o assumpto (*Direito penal bras.*, I, pag. 668).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

vista. O italiano de 1889, em seu art. 39, estabelecia regras a respeito da alludida obrigação. O actual entendeu, muito plausivelmente, que as devia deixar para o codigo de processo. Realmente é esse o seu logar proprio. A obrigação de pagar as despezas do processo, que péza sobre o vencido (*victus in expensis condemnatur*), é instituto de direito processual.

Entre essas despezas, cumpre incluir os honorarios do advogado da defesa. [25]).

V. — O paragrapho unico do artigo que commentamos preceitúa: "Esta responsabilidade é solidaria havendo mais de um condemnado pelo mesmo crime". Os principios da solidariedade passiva se encontram na secção III do cap. VI do titulo III do codigo civil. Em virtude della, póde o titular do direito á indemnização exigir e receber de um ou alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a divida commum (art. 904).

E' principio universalmente seguido o da responsabilidade *in solidum*, pela indemnização e pelas despezas judiciaes, entre os varios comparticipantes do acto delictuoso.

---

25) Sobre a condemnação em custas ou despezas do processo, ninguem escreveu melhor do que Chiovenda, na sua ampla e profunda monographia sobre o assumpto. Friza elle, admiravelmente bem, o caracter processual do instituto. Das custas no processo penal tratou Friedenreich, em sua dissertação — *Die Lehre von den Kosten im Strafprozess* (fasciculo 35 das *Strafrechliche Abhandlungen* publicadas por v. Lilienthal).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 70 — A obrigação de indemnizar o damno será regulada segundo o direito civil.

I. — Consequencias juridicas do crime, exercitando a funcção social de proteger a ordem juridica, no combate contra o que é illicito, o resarcimento do damno e a pena se distinguem por elementos que lhes são proprios. Assim: a pena serve ao interesse geral, o resarcimento ao privado; a pena suppõe sempre culpa, o resarcimento não; a pena tem caracter personalissimo, o resarcimento passa aos herdeiros; a pena é instituto de direito publico, que, normalmente, a vontade das partes não póde modificar, o resarcimento pertence ao dominio do direito privado e está sujeito a todas as alterações licitas na esphera desse direito; a pena diz respeito á pessôa, o resarcimento ao patrimonio; a pena fere o delinquente, o resarcimento procura curar a ferida, a lesão pelo mesmo produzida. Assim, em poucas linhas, traça Florian os caracteristicos que differenciam os dois institutos juridicos.

Algumas dessas differenças têm sido contestadas. Assim impugna Ferri a asserção de que — a pena serve ao interesse geral e o resarcimento ao privado. Isto — argumenta elle — é desconhecer a realidade: praticamente, a pena e o resarcimento servem a um e outro desses interesses. [1]).

---

1) *Principii di dir. criminale*, pag. 583.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Não ha negar a funcção social do resarcimento. Della, porém, não se póde concluir, logicamente, que a pena e o resarcimento sejam tão sómente fórmas diversas de um mesmo phenomeno juridico. Todas as sancções, civis, administrativas ou fiscaes, se destinam á tutela de um interesse publico; nem porisso, entretanto, perdem o seu caracter proprio e se confundem com as penas. [2]).

A affinidade substancial entre o resarcimento e a pena teve em Merkel seu principal defensor. [3]). Seguiu-o Heinze. [4]). Mas a doutrina não conseguiu espalhar-se. [5]). Em luminosas paginas de seu livro *As normas e sua violação* (§ 41), assignalou Binding, da maneira mais perfeita, a profunda distincção que separa os dois institutos. [6]). Nada importa que o resarcimento e a pena tenham uma mesma origem — o facto illicito. E que ás vezes seja a obrigação de resarcir empregada como meio repressivo. [7]).

Os principios que regulam, em nosso direito, o resarcimento do damno *ex delicto* se encontram no liv. III,

---

2) Antolisei, *L'offesa e il danno nel reato*, pag. 161.

3) *Kriminalistiche Abhandlungen*, I.

4) Holtzendorff, *Handbuch*, I, pag. 337 e segs.

5) Sobre as consequencias a que levaria a opinião da identidade conceitual dos dois institutos: Schoetensack, na *Vergleichende Darstellung*, A. T., II, pag. 468.

6) É assás conhecida a phrase desse agudissimo escriptor: "Der Schaden ist ein akutes Leiden, was durch Ersatz homeopatisch geheilt wird; das Delikt ist eine unheilbare Krankheit, die das Recht allopatisch behandelt". Em nossa lingua: "O damno é um mal agudo, que se cura homeopaticamente com o resarcimento; o delicto é uma doença incuravel que o direito trata allopathicamente".

7) Entre os varios exemplos de resarcimento applicado *poenae causa*, aponta Schoetensack o do art. 369.º do codigo penal português. Ahí se dispõe que "o réu será punido com a prisão de tres dias a seis mêses, ou sómente ficará obrigado á reparação, conforme as circumstancias".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

tit. VII do codigo civil. No titulo seguinte se fixam as regras concernentes á liquidação das obrigações *ex delicto*. Esses regras dão logar a interessantes questões, cujo estudo compete aos civilistas. [8]).

8) Riquissima a literatura estrangeira a respeito do resarcimento do damno *ex delicto*. Recommendam-se especialmente as monographias de Garofalo, Demogue e Gregoraci. Em nosso país: sobre o codigo de 1830, Silva Costa, *A satisfação do damno causado pelo delicto;* e, sobre o actual, Vicente de Azevedo, *Crime-Damno-Reparação,* S. Paulo, 1934.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

TITULO VI

DA EXTINCÇÃO E SUSPENSÃO DA ACÇÃO PENAL E DA CONDEMNAÇÃO

Art. 71 — A acção penal extingue-se:
1.°, pela morte do criminoso;
2.°, por amnistia do congresso;
3.°, pelo perdão do offendido;
4.°, pela prescripção.

I — O derradeiro titulo da parte geral do codigo, com o qual nos vamos occupar, tem como epigraphe. — Da extincção e suspensão da acção penal e da condemnação.

Inspirou-se o legislador patrio, ao formulá-la, no codigo italiano então vigente, cujo titulo IX se inscrevia — *Dell'estinzione dell'azione penale e delle condanne penali.*

Allegando que essa epigraphe se referia a conceitos e institutos de direito processual, como a acção penal e a condemnação, quando as causas de extincção enumeradas eram de direito material, relativas ao direito subjectivo de punir, o projecto do moderno codigo penal italiano, de accordo com a doutrina mais recente (segundo se disse), a substituiu por esta outra, que se lhe afigurou scientificamente mais correcta — *Della estinzione del reato e della pena.*

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A innovação, quando submettida ao exame da commissão ministerial, provocou sérias objecções. E, a despeito da brilhante explicação de Massari, [1]), susten-

---

1) Comquanto longa, vale a pena transcrevê-la, vertendo-a para o vernaculo. É uma luminosa pagina, que os estudiosos lerão com prazer e proveito. Disse o notavel professor de Napoles: "A questão suscitada é uma questão de luxo; uma questão de alta dogmatica. Acredito que, adoptando-se a locução "extincção do crime" em vez da outra "extincção da acção penal", a estructura do titulo não póde resentir-se de qualquer inconveniente pratico. Estamos — convém repetí-lo — em terreno verdadeiramente dogmatico.

Após o codigo de 1890, não faltaram escriptores que, acceitando o principio da equivalencia entre o conceito de "acção penal" e o de "perseguibilidade", puzeram em duvida se esse titulo devia sahir do codigo penal para ser transferido para o codigo do processo. O professor Alimena, por exemplo, partindo dessa concepção systematica, se occupa das causas extinctivas da acção penal, não nos principios desse direito, mas nos do processo penal.

Trata-se, portanto, de ver se esta parte deve ser excluida do codigo penal ou nelle permanecer. Se deve sahir, então escrevamos "acção", mas, se deve ahi ficar, é preciso admittir que estas causas extinctivas da acção penal, em verdade, não extinguem o *jus persequendi*, a actividade processual destinada a tornar certo o delicto, em summa, aquella actividade a que o illustre Presidente deu o nome de "perseguibilidade", mas extinguem o *jus puniendi*, a relação juridica punitiva, a pretenção juridica do Estado, oriunda da violação da lei penal e, correlativamente, a obrigação do réu de ser considerado e tratado como tal.

Esclarecida esta funcção das causas extinctivas, torna-se patente que, exactamente, com o fundamento da concepção acolhida pelo Presidente a respeito da acção, como equivalente de perseguibilidade e de actividade processual, não póde justificar-se a expressão do codigo vigente, que falla de extincção da acção penal.

Por alguns commissarios, todavia, foram invocados, em defesa da nomenclatura do codigo e para sustentar que o titulo em questão devia continuar a nelle ter a sua collocação, o respeito devido á tradição e uma diversa concepção da acção.

Quiz trazer á commissão elementos para demonstrar que não existe verdadeira tradição, que nos possa induzir a não modificar o *nomem juris* deste titulo do codigo vigente. Não são elementos tomados á legislação e á doutrina allemã, como um commissario asseverou, mas elementos historicos da melhor marca italiana.

Assim o codigo sardo fallava, como faz o nosso projecto, de *extincção dos crimes e das penas* e não de *acção*. E a commissão de estudos legislativos, instituida pelo decreto de 6 de fevereiro de 1861, da qual faziam parte juristas que se chamavam Paschoal Estanisláu Mancini, Raphael Conforti, Bernardo Giannuzzi, Sa-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

tando-a, não logrou ser approvada. A commissão se absteve de resolver, de modo positivo, a controversia. Venceu, porém, no texto legal, a nova terminologia. Com

---

velli e Henrique Pessina, conservou tal nomenclatura no texto do codigo modificado para as provincias napolitanas. Isto quanto á legislação. Quanto á doutrina, recordará que Calisse, na *Historia do Direito Penal*, falla precisamente de "extincção do crime". O conceito que se revela na tradição é, pois, o de extincção do crime; e este conceito apparece tambem claramente no codigo civil, que, no art. 1237, falla de "extincção das obrigações" e não de "extincção da acção creditoria".

Alguns commissarios, porém, accrescentam: a acção antes de ser actividade processual, é pertinencia, elemento, momento substancial do direito; e, consoante a imaginosa phrase de Unger, o proprio direito subjectivo em estado de guerra. E este mais amplo conceito justificaria a nomenclatura do codigo vigente. Mas a mas recente doutrina processualistica examinou e renegou este mais amplo conceito de acção.

Neste ponto, se obteve uma concordancia de resultados entre civilistas e penalistas, entre cultores do direito substantivo e do direito processual.

Assim, no campo do direito civil, se não duvida de que todas as causas extinctivas das obrigações operam sobre o direito e não sobre a acção. Alguma duvida se levantou a proposito da prescripção, em relação a qual uma corrente doutrinaria vinha sustentando que, extincta a acção, ficava, como residuo, uma obrigação natural. Essa doutrina, comtudo, é fortemente combatida. E é digno de nota que Windscheid, citado pelo illustre Presidente como um dos fautores de sua opinião, é nitidamente adverso á persistencia de uma obrigação natural, admittindo assim, substancialmente, que a prescripção não elide sómente a acção, mas extingue tudo: direito e acção.

Ao mesmo tempo, pelos penalistas, ao procederem á determinação dos elementos do crime, foi reconhecido que as causas de extincção da acção penal não eram senão *condições negativas de punibilidade*, elementos attinentes á estructura do crime, causas *supervenientes* dissolvedoras do crime, comprehendido este, não como facto, mas como entidade juridicamente relevante. É de observar que o illustre Presidente já isto admittiu, com referencia á novação legislativa. E no mesmo sentido a Commissão se pronunciou, quando adheriu ao conceito perfilhado pelo projecto de que tanto a querela como a remissão seriam condições, uma positiva, outra negativa, de punibilidade.

Emquanto estas elaborações conceituaes se vinham firmando no direito material, civil e penal, os processualistas chegavam a identicos resultados, aprofundando o estudo da "acção". Relativamente ao processo civil, atravez de formulações diversas e de um estudo em que se empenharam os nomes dos representantes mais

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

ella se não conformaram diversos escriptores da maior autoridade. Basta lembrar Florian.[2]). Carnelutti a apodou de "formula inesatta e persino bizarra".[3]). Entretanto, certo é que já o codigo sardo a empregara. E que ella correspondia á doutrina allemã das causas que não deixam nascer a pretenção punitiva do Estado (*Strafausschliessungsgruende*) e das que a extinguem (*Strafaufhebungsgruende*).

Um codigo dos mais recentes — o uruguayo — falla tambem em extincção do delicto e das penas. O projecto brasileiro (Sá Pereira, revisto) trata, em logares diffe-

---

illustres da sciencia processualistica, de Buelow a Wach, de Degenkolb a Plosz, de Weismann a Langheinecken, de Schmidt a Helwig, de Chiovenda a Alfredo Rocco, o conceito de acção soffreu profunda revisão. Differenciou-se cada vez mais a acção do direito material deduzido em juizo, até ao ponto de ser a acção identificada com o poder de reclamar a intervenção dos orgams jurisdiccionaes do Estado ou com o pedido dirigido ao juiz para obter a sentença.

Este conceito se espalhou na doutrina penal estrangeira e italiana. E assim aconteceu que, depois de haver entrado em vigor o codigo de 1913, muitos escriptores acceitaram o conceito que considera a acção como direito processual de natureza potestativa e, conseguintemente, imprescreptivel: por exemplo, Lanza, Notaristefani e Manzini. Além do mais, esta differenciação da acção penal do direito de punir constitue facto de quotidiana verificação. Não é de evidencia palmar que o M. P. póde agir e effectivamente age por um crime amnistiado ou de outro modo extincto, na simples opinião, erronea, de que o mesmo crime não tenha sido amnistiado ou se ache extincto?

Era estricto dever dos compiladores do projecto não ignorarem a evolução do pensamento juridico acolhida pela mais recente doutrina; e porisso meditadamente entenderam innovar nesta materia, para que se não diga que o codigo, compilado em 1928, assenta em concepções scientificas abandonadas e é já velho desde o instante de seu nascimento (*Lavori preparatori*, IV, 2.ª parte, pag. 447)".

2) *Trattato di dir. pen.*, II, pag. 1114.

3) *Teoria generale del reato*, pag. 60. Condemna esse notavel processualista, não só a terminologia do codigo, mas tambem a distincção entre as duas hypotheses — *extincção do crime, extincção da pena.* "...l'effeto estintivo — escreve elle — si esercita sempre e soltanto sul collegamento tra il reato e la pena, e non piuttosto su questo che su quello dei termini collegati".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

rentes, da extincção da acção penal (art. 14) e da da condemnação (art. 136). Conservou-se, pois, no antigo ponto de vista.

No art. 71 se mencionam as causas que acarretam a extincção da acção penal. A primeira dellas é a morte do criminoso (melhor disséra — do inculpado). Realmente, com o desapparecimento deste do numero dos vivos, a acção penal fica sem objectivo, desde que, de sua natureza, a pena não póde ser applicada ao cadaver ou a terceiros. Mais do que em outro qualquer dominio, é verdadeira, na do direito punitivo, a maxima do marquez de Maricá: "a responsabilidade dos viventes acaba com elles e a morte lhes salda as contas".

Os romanos diziam — *extinguitur crimen mortalitate;* mas o exacto significado dessa phrase era que não se podia promover *ex novo* um processo criminal contra o defuncto.[4]). Não repugnava ao direito medieval processar o morto e levar o processo até á execução no cadaver ou em effigie.[5]). Mas, depois da reforma illuminis-

---

4) Ferrini, *Diritto pen. romano,* pag. 163. Quando, em caso de *crimen extraordinarium,* punido com pena pecuniaria ou confiscação, fallecia o criminoso, durante o processo, podia este ser continuado contra o morto. A sentença era contra elle pronunciada e executada. Nos *crimina legitima,* a sentença devia ser proferida ainda em vida do inculpado. Exceptuavam-se o *crimen repetundarum* e o *crimen majestatis.* Nestes casos, o processo podia até ser iniciado após a morte do mesmo inculpado e ser-lhe imposta a *damnatio memoriae.*

5) Nos antigos tempos do direito germanico vigorava a maxima — *der Tod hebt alles auf.* Desde a Carolina, pelo menos, exceptuaram-se os casos das penas pecuniarias. A praxe, porém, nos primeiros tempos, contra a opinião dos doutrinarios, adoptou a regra de que a morte do inculpado não impedia a execução das penas. Nos *delictos atrocicissimis* podia a pena, pronunciada antes da morte do autor, ser executada no cadaver. Essa execução consistia nas mais horripilantes cruezas. E' verdade que os juristas do direito commum costumavam accentuar que não se tratava de execução de uma pena propriamente dita, mas de uma medida de intimidação (*facilius animadversionem quam poenam*).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

tica do direito penal, tornou-se axioma juridico e legislativo que a acção penal se extingue com o trespasse daquelle contra quem ella deve ser intentada. "Un giudizio contro chi non può difendersi — escreve Pessina, na *Enciclopedia,* III, 213 — svolto nell'intento di far pronunziare una condanna contro chi non può espiarla, sarebbe un giudizio ingiusto ed assurdo".

II. — A morte do imputado, como causa extinctiva da acção penal ou do crime, apparece em quasi todos os codigos (hollandês, art. 67; norueguês, § 66, 1; português, 125, 1.º; argentino, 59, 1.º; peruano, 118, 1.º; italiano, 150; turco, § 96; suisso de Thurgovia (§ 52), Lucerna (§ 63), Basiléa (§ 41), etc). Não a mencionam outros (allemão, espanhol reformado, o projecto grego, etc.). Wach affirmou que não existia motivo especial para a menção da morte do inculpado entre as causas extinctivas da acção penal ou da condemnação. [6]). Hafter, por sua vez, asseverou que não havia necessidade de incluir na lei dispositivo a respeito. [7]). Assim nos parece tambem. [8]).

No direito francês, antigo e intermedio, institutos deshumanos, filhos da barbaria dos tempos e da atrocidade das penas, tiveram larga applicação, como nos relatam os escriptores. A ordenança de Luiz XIV (1670) permittia, nos crimes de lesa-magestade, suicidio,rebellião, duello seguido de morte, o processo contra o cadaver ou a memoria do defunto.

Duas excepções conhecia o antigo direito português ao principio da extincção do crime pela morte do inculpado: no crime de lesa-magestade (Ord., liv. V, tit. 6, § 11) e no de parto supposto (Ord. cit., tit. 55, § 1). Veja-se Levy Jordão, commentario ao art. 119 do velho codigo português.

6) *Vergleichende Darstellung,* A. T., VI, pag. 15.

7) *Lehrbuch,* pag. 390.

8) A morte deve ser plenamente provada. A extincção se decreta *ex officio.* A loucura, a ausencia ou o desapparecimento não se equiparam á morte. Verificando-se que esta foi erroneamente admittida, continúa o processo ou a execução, salvo a existencia de outra causa extinctiva.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Relativamente á pena pecuniaria, veja-se o commentario ao art. 58.

III. — A segunda das causas da extincção da acção criminal, indicadas no artigo supra, é a amnistia. Della, bem assim da prescripção, que figura em quarto logar, trataremos, quando commentarmos, respectivamente, os arts. 75 e 78.

Extingue-se tambem a acção penal pelo perdão do offendido. Alguns codigos dizem *expressis verbis* que isso se verifica no caso dos crimes só punidos mediante queixa da pessôa offendida. Embora o nosso não contenha identica declaração, assim, se deve entender.

Cumpre não confundir a desistencia ou renuncia de intentar a acção criminal com o perdão propriamente dito.[9]). Este tem como presupposto necessario a existencia da queixa. Com razão os allemães lhe dão o nome de — *Zurucknahme des Antrages.* Varios systemas juridicos empregam, para designar esse instituto, a palavra, menos expressiva — remissão.

Como racionalmente se explica o direito concedido ao offendido de, retirando a queixa, impedir o proseguimento da acção criminal e assim perdoar ao offensor? Justifica-se, perante os dictames de uma sã politica criminal, a existencia desse instituto?

A explicação que os escriptores nos fornecem se reduz ao seguinte: em certo numero de delictos, por mo-

---

9) Rocco, *Exposição de motivos ao projecto definitivo,* frizou muito claramente a distincção, escrevendo: "La rinunzia al diritto di querela e la remissione differiscono, non già per il rispettivo loro contenuto, ma per il momento in cui operano. L'una, invero, è manifestazione di volontà abdicativa, che interviene dal momento in cui il reato sia stato commesso e, quindi, sia nato il diritto di querela, fino al momento in cui la querela possa essere proposta. L'altra, invecce, presuppone una querela già presentata (*Lavori preparatori,* V, pag. 181)".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

tivos diversos, [10]), subordina o Estado a punição á vontade da parte lesada. Adquire esta o poder de, discreccionariamente, promover ou não o processo, de levá-lo ou

---

10) Os crimes de acção privada (por queixa da parte offendida ou de quem tenha qualidade para representá-la), actualmente, no nosso direito, são:

a) os de damno, salvo tendo havido prisão em flagrante ou se forem praticados em cousas de dominio ou uso da União, dos Estados e Municipios ou em livros de notas, actas e sessões, autos e actos originaes de autoridade publica;

b) os de violencia carnal (exceptos quando praticados contra pessôas alienadas), rapto, adulterio, parto supposto, salvo nos casos previstos pelos arts. 274 e 278 do codigo;

c) os de calumnia e injuria contra particulares;

d) os contra a propriedade literaria e artistica, que não estiverem comprehendidos nos arts. 342, § 3.º, n. 1 e 346 do mesmo codigo.

Todos os demais crimes e todas as contravenções são de acção publica (por denuncia do M. P.). Conhece tambem o nosso direito uma categoria de crimes de acção popular, isto é, que podem ser promovidos por qualquer pessôa do povo; taes são:

a) os politicos (inclusive os eleitoraes) e os de responsabilidade dos funccionarios federaes;

b) o do art. 278 do codigo (manter ou explorar casa de tolerancia, admittir na casa em que residir pessôas de sexos differentes ou do mesmo sexo, que ahi se reunam para fins libidinosos; induzir mulheres, quer abusando de sua fraqueza ou miseria, quer constrangendo-as, por intimidação ou ameaças a entregarem-se á prostituição; prestar, por conta propria ou de outrem, sob sua ou alheia responsabilidade, qualquer assistencia ou auxilio ao commercio da prostituição);

c) os dos arts. 342, § 2.º (contrafacção, art. 20 da lei n. 496, de 1.º de agosto de 1898) e 346 (applicação fraudulenta ou de má fé sobre uma obra literaria, scientifica ou artistica de nome de um autor, ou de qualquer signal por elle adoptado para designar suas obras).

A idéa das acções populares, de origem romana, não teve em nosso país a minima importancia pratica. Na doutrina estrangeira, não poucos escriptores por ella têm mostrado sympathia e inclinação. A nossa experiencia absolutamente não a recommenda.

No projecto Sá Pereira, os crimes são de acção publica ou de acção privada. Os primeiros se bipartem — crimes de acção publica dependente de representação da parte; e crimes de acção

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

não para diante. Dentro de certos limites,[11]) tem a parte a faculdade de renunciar á punição, perdoando assim ao offensor.

Contra essa faculdade se argúe que ella é exorbitante, excepcional, nem sequer conferida ao M. P. Que com ella o curso da justiça fica entregue ao arbitrio da parte. Que isso não se coaduna com a funcção essencialmente social que, em nosso tempo, tem o direito punitivo. Que, embora admittido o principio segundo o qual certos delictos, para serem perseguidos e castigados, dependem de instancia da parte offendida, dahi não se segue, necessariamente, o fundamento racional da remissão.

---

publica incondicional. E' o systema do codigo norueguês. Como este, o projecto (depois de revisto pela sub-commissão legislativa) não menciona, na parte geral, quaes os crimes de acção privada. Fá-lo na especial, caso por caso. De egual modo, porém, não procedeu com os crimes em que o M. P. só póde agir mediante representação do offendido. No art. 43 se acham indicados os casos em que a representação é necessaria: lesão corporal leve, attentado ao pudor, violencia carnal, rapto, contagio de molestia venerea ou siphilitica; e calumnia ou injuria contra autoridade, ou funccionario publico, em razão de suas funcções. Mas a lista é bastante incompleta. Na parte especial, o requisito da representação apparece em bom numero de outros crimes (arts. 225, 233, 237, 244, etc.). Não é, por certo, louvavel, sob o ponto de vista technico, a adopção de dois methodos diversos para a regulamentação da mesma materia. O segundo, preferivel, devia ser applicado a todos os casos.

O projecto consagrou ao direito de representação alguns dispositivos. Não fez o mesmo com a queixa. Poucos são os casos em que esta é exigida. Mas, sommados elles com os da representação, vê-se que, contra a tendencia mais adeantada, se aumentou o numero de vezes em que a punição de factos criminosos depende da vontade da parte.

11) Quanto ao tempo, representantes dos dois extremos são o codigo hollandês e o do cantão de Valais. O primeiro só admitte a remissão (salvo o caso de adulterio) dentro de oito dias após a apresentação da queixa; o segundo, em qualquer tempo ("toujours", diz o art. 53). Posição intermedia occupa, por exemplo, o italiano. O art. 152 preceitúa: "La remissione può intervenire solo prima della condanna, salvi i casi per i quali la legge disponga altrimenti".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Outros argumentos, da mesma natureza, costumam ser invocados contra esse instituto. [12]).

Sob o ponto de vista politico-legislativo, tem elle sido objecto de vehementes criticas. A experiencia quotidiana — se allega — mostra a que deprimentes transacções dá logar o direito de remissão, com grave desprestigio para a administração da justiça. Toda influencia — escreveu Ferri — que se reconheça á vontade privada na applicabilidade da lei penal constitue deploravel anachronismo. [13]).

As razões, de ordem teorica e pratica, que militam contra o instituto da remissão ou perdão da parte offendida aconselham a adopção de condições restrictivas.

Adiante veremos como procedem, neste particular, as mais adeantadas legislações de nosso tempo.

O direito que tem o offendido de perdoar, pela sua natureza, não póde ser transferido, *inter vivos* ou *causa mortis*. Assim, se a parte lesada fallece, desapparece com ella esse direito. [14]). Admitte-se, porém, a representação dos incapazes. E a dos capazes por mandatario.

O perdão póde ser expresso ou tacito. [14-a]). Este se verifica com a pratica, por parte do offendido, de actos incompativeis com a manutenção da queixa ou com a continuação do processo ("la perduración del agravio" — diz o codigo uruguayo). A offerta ou a acceitação do

---

12) Florian, *Trattato*, II, § 140.

13) *Principii*, pag. 183.

14) Diversas legislações preferem a solução contraria. Com ellas estão Allfeld (*Vergl. Darst.*, A. T., II, pag. 225) e outros escriptores.

14-a) Contra a remissão tacita se manifesta, por exemplo, Florian (*ob. cit.*, pag. 1161). Elle entende que "sia necessario rivestire l'atto della remissione di forme solenni, giacchè la proposizione troppe volte ripetuta, che la remissione debba essere agevolata per ottenere quante più conciliazioni sono possibili, ha un valore assai relativo, circoscritto ad ogni modo da altri aspetti dell'argomento".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

perdão não toleram condições ou reservas. Ellas, se estabelecidas, *non vitiantur, sed vitiant*: tornam nullo o perdão.[15]). Este, segundo um principio acceito por todas as legislações, é indivisivel: abrange todos os participantes do delicto. Havendo pluralidade de offendidos e queixosos, deve o perdão, para ter efficacia, ser concedido por todos.

Assiste ao querelado o direito de recusar o favor. A recusa não precisa revestir-se de fórma especial: póde ser expressa ou tacita.

Na hypothese de concurso de delictos, dependentes de queixa, o perdão concedido por um delles não comprehende os demais. A queixa perdoada não póde mais ser renovada.

Responsavel pelas custas do processo é o queixoso que perdôa.

São estas as normas principaes que as legislações adoptam em materia de perdão ou remissão da parte offendida. A nossa é lacunosa. Para completá-la, forçoso nos é recorrer ás soluções das leis alienigenas.

Como adeante veremos, perante o nosso direito, o perdão tambem extingue a condemnação.

IV. — Examinemos, em breve resenha, como esse instituto se acha organizado em cada uma das modernas legislações penaes. Não o conhece a francêsa. Não permitte ella que, iniciada a acção, a parte queixosa lhe entrave ou suspenda o andamento. O ante-projecto de reforma do codigo em vigor não julgou conveniente ou necessario modificar o estado de cousas existente. A allemã, depois da novella de 26 de fevereiro de 1876, só

---

15) Massari, *ob. cit.*, pag. 313.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

limitadamente consente na retirada da queixa: nos delictos em que isso fôr expressamente permittido; e até á pronunciação da sentença condemnatoria (*bis zur Verkuendung eines auf Strafe lautenden Urtheils*). O acto é indivisivel: aproveita a todos os comparticipantes do delicto. O direito de retirar a queixa não passa aos herdeiros (nesse sentido a opinião dominante). Indifferente é a fórma: basta que a declaração chegue, em tempo, ao conhecimento do tribunal competente. Essa declaração deve exprimir a vontade de não mais proseguir na acção. São inadmissiveis condições ou restricções. Segundo a doutrina corrente e a praxe, a retirada da queixa não póde ser retratada.

O codigo penal allemão insere um unico dispositivo (§ 64) acerca desse instituto. A jurisprudencia se incumbiu de completar-lhe a estructura.

Os primeiros projectos de reforma nada accrescentaram de novo. Os ultimos riscaram todas as disposições relativas á queixa. Vingou a opinião de que o assumpto devia ser tratado no codigo do processo.

O vigente codigo italiano regula, com abundancia de pormenores, o instituto da remissão. Esta é processual ou extra-processual. Póde a primeira ser expressa ou tacita. Sómente antes da condemnação (salvo casos especificados na lei) é admissivel a remissão. Não comporta ella prazo ou condições. Valida é a renuncia do direito ás restituições e ao resarcimento do damno. A remissão, em se tratando de crimes praticados contra menores de 14 annos, enfermos de mente ou interdictos, compete ao representante legal do incapaz. No caso de menores de edade superior a 14 annos e de inhabilitados, cabe o direito de remissão ao menor ou inhabilitado, com approvação do representante legal. Sendo a queixa de varias pessôas, exige a remissão para ter valor, o concurso de todos os querelantes. A remissão precisa ser acceita,

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

expressa ou tacitamente. Beneficia a todos os querelados, com excepção daquelles que a houverem recusado. O direito de remissão se extingue com a morte da pessoa offendida.

Seguiu de muito perto o modelo italiano, repetindo-lhe os preceitos, *in subjecta materia,* quasi que textualmente, o recente codigo uruguayo. Original é o seguinte dispositivo, estabelecido para a hypothese de conflicto entre o incapaz e seu representante legal: "La remision otorgada por el incapaz, contra la voluntad de su representante será tomada en cuenta por el Juez para decretar o no la extinción del delito, según las condiciones personales del primero y los motivos que determinaron el perdón".

O argentino se limita a indicar como causa extinctiva da acção penal, nos crimes privados, a "renuncia del agraviado"; e a dispôr, no art. 69: "El perdón de la parte ofendida extinguirá la pena impuesta por delito de los enumerados en el art. 73". Segundo esse artigo, são delictos de acção privada: o adulterio; as calumnias e injurias; a violação de segredos (com excepções), e a concorrencia desleal.

Pelo codigo mexicano (1929), não póde o incapaz outorgar perdão. Este deve ser concedido "antes de formularse accusación". Entre as causas que extinguem as "sancções" não figura o perdão do offendido.

O peruano apenas declara que a possibilidade de iniciar acção penal ou de pronunciar condemnação cessa com a renuncia do offendido ("agraviado") nos delictos de acção privada (art. 118).

Das legislações européas mencionaremos ainda a espanhola, a hollandêsa e a dinamarquêsa. A primeira consigna, como regra, que o perdão do offendido não extingue a acção. Exceptua, porém, os casos dos delictos

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

que não podem ser processados sem prévia denuncia ou consentimento do "agraviado". Em taes delictos — estupro, violação, rapto, calumnia e injuria — o perdão póde ser concedido até após a condemnação. Consoante decisão do Tribunal Supremo, o perdão, para ter validade, ha de ser absoluto, pois o condicional não passa de promessa de perdão. A segunda, fixa para a retirada da queixa o prazo de oito dias, salvo no caso de adulterio. Então póde ella verificar-se até o inicio da causa em juizo. A terceira tambem restringe o prazo dentro do qual póde o perdão ser concedido (art. 92, 2.º).

Do resumo que acabamos de fazer, embora incompleto, podemos concluir que a tendencia de nosso tempo é para cercear o perdão do offendido, só o permittindo na primeira phase do processo. E com inteira razão. Se se deve deixar ao offendido, muitas vezes impellido a apresentar a sua queixa por uma excitação de momento, a possibilidade de voltar atraz, exige a seriedade da administração da justiça, o interesse social, que essa situação de incerteza se não prolongue por muito tempo. Quanto maior a demora, maior o perigo de transacções immoraes e vergonhosas.

O projecto de reforma de nosso codigo, elaborado pelo desembargador Sá Pereira, dispunha, nos tres paragraphos do art. 61: "A queixa contra qualquer dos compartes da infracção obriga ao processo de todos, e o Ministerio Publico velará pela indivisibilidade da queixa. Antes de sentença, licito será retirar-se a queixa, acquiescendo o querelado, contra o qual não mais se poderá repetir. Retirada sómente em relação a um dos querelados, te-lo-á sido em relação a todos, salvo aquelle que a isto se opoz. A desistencia de um só dos querelantes em nada influirá no curso da acção". No art. 146, entre as causas de extincção da acção penal, indicava — "a renuncia do queixoso, quando o querelado

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

consente". Tratando da extincção da condemnação, mencionava — "o perdão do offendido, se o acceita o offensor, não promoveu a acção o Ministerio Publico e resalvada está a condicional do n. IV do art. 113". A condicional era não se achar o consentimento, por indicios graves, inquinado de immoralidade.

A sub-commissão legislativa, conservando as disposições relativas á representação, cancellou as que diziam respeito á queixa. Apenas manteve a que declarava não ficar esta excluida por aquella. Mas, entre as causas de extincção da condemnação, apparece o perdão do offendido, "observadas as condições legaes da sua admissibilidade".

Poucos são os casos em que, segundo o projecto, a acção penal depende de queixa da parte (arts. 200, 201, 202, 204, 205 e 210). Só quanto á injuria se diz que, uma vez retirada, não poderá a queixa repetir-se (art. 212). Devia esta regra ser concebida genericamente, abrangendo os diversos delictos da mesma categoria. Attribuir á vontade da parte offendida o poder de tornar sem effeito a sentença condemnatoria, de perdoar, depois de verificada a culpabilidade do offensor, é cousa que traz á memoria phases já ultrapassadas pela evolução, constante e progressiva, do direito penal.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 72 — A condemnação extingue-se por estas mesmas causas, e mais:

1.° — pelo cumprimento da sentença;

2.° — por indulto do poder competente;

3.° — pela rehabilitação.

I. — Depois de apontar as causas extinctivas da acção penal, indica o codigo as que extinguem a condemnação. Causas communs ás duas hypotheses são — a morte do criminoso, a amnistia, o perdão do offendido e a prescripção. Como causas peculiares á condemnação mencionam-se no artigo supra — o cumprimento da sentença, o indulto do poder competente e a rehabilitação.

Acerca da morte do criminoso, nada precisamos accrescentar ao que já dissemos no commentario antecedente. Com o desapparecimento do sujeito passivo da pena, tambem esta deixa de existir. As penas que em tempos idos se applicavam aos cadaveres não passavam de mero symbolismo.[1]).

A declaração de que a morte do criminoso põe termo ao processo penal ou á execução da respectiva sentença é, presentemente, verdadeira superfluidade. Por isso, vae sendo riscada dos codigos.

Quanto ao perdão do offendido, notaremos apenas que o codigo patrio, permittindo-o até após a sentença,

---

1) Binding, *Handbuch*, pag. 612.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

não acompanha a corrente commum das legislações. Estas, em sua quasi unanimidade, não consentem (salvo, por exemplo, no adulterio) que a vontade da parte offendida possa tornar sem effeito a condemnação. E' preciso reconhecer que nosso codigo vae longe demais.

No projecto Sá Pereira, figura no numero das causas extinctivas da condemnação — o perdão do offendido, "observadas as condições legaes de sua admissibilidade (art. 136, VII)". Lamentando que essas condições não tenham sido desde logo estabelecidas assignalaremos que os casos de queixa, nesse projecto, são em numero bastante reduzido. Nos casos em que o processo se inicia mediante representação, sendo esta irretratavel (art. 47), nenhuma influencia deverá ter a vontade da parte sobre a condemnação.

Neste ponto, merece encomios o projecto.

Como causa especial da extincção da condemnação, apparece, no art. que commentamos, o cumprimento da sentença. Seguiu o legislador patrio antigos exemplos (codigo sardo-italiano, 131, 4, 2, toscano, 87, português, 26.º, etc.). Codigos mais modernos e perfeitos não fazem menção de semelhante causa. Contestam provectos criminalistas que, no caso do cumprimento da sentença ou expiação da pena, se possa fallar com exactidão technica, de extincção da condemnação. Escreve um delles: "L'espiazione non estingue l'azione nascente dalla condanna penale, ma l'esaurisce". [2]). Por mais subtil que pareça a distincção, percebe-se que ella existe. Explicam outros

---

2) Carboni, *Dell'esecuzione in materia penale*, n. 36. Pessina, em seus *Elementi* (§ 174), escreveu: "... questa pretesa estinzione è *esaurimento di attività*, non è recisione, che tronca i nervi all'azione penale, ovvero alla condanna". E logo adiante: "... l'estinzione vera di una condanna sta nell'efficacia di una forza *estrinseca* alla condanna stessa, che ne tolga gli effetti in tutto o in parte".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

escriptores o silencio dos codigos em relação ao cumprimento da sentença como causa extinctiva da condemnação com a desnecessidade de ser ella posta em destaque.

Por uma ou outra dessas razões, andam acertadamente as legislações que omittem qualquer referencia a essa causa. O projecto Sá Pereira, não póde furtar-se, neste ponto, á pecha de atrazado.

II. — Extingue-se a condemnação pelo indulto. Este se define — o acto pelo qual o poder publico competente faz cessar, no todo ou em parte, os effeitos de uma condemnação penal, imposta a uma ou diversas pessôas.

E' costume distinguir o indulto da graça (em sentido restricto), designando o primeiro o perdão concedido a varias pessôas, a uma classe, mais ou menos numerosa, de individuos, e a segunda, o outorgado a um só. Em outros termos: o indulto é providencia de caracter geral ou collectivo; a graça, de natureza particular ou singular. Em accepção ampla, a graça abrange tambem a amnistia.

Fallam as nossas leis indistinctamente em indulto ou graça. O codigo que commentamos, em seu art. 76, usa da expressão — indulto de graça. Nitida é a distincção entre indulto ou graça (*sensu strictu*) e a amnistia. Quando nos occuparmos com o art. 75, havemos de ver em que esta consiste e quaes os seus traços caracteristicos.

O direito de perdoar (em uma e outra de suas formas) tem sido vivamente combatido. Mas dos seus adversarios nem todos se manifestam com a mesma intransigencia. Kant o reputava o mais repugnante (*das schluepfrigste*) direito do soberano.[3]). Zachariae escreveu que elle

---

3) *Metaphysische Anfangsgruende der Rechtslehre*, IX, 188.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

servia de incentivo á pratica de novos delictos, pois fazia nutrir a esperança de impunidade no futuro.[4]). Menos extremados, Beccaria, Filangieri, Bentham e outros admittem esse direito, quando as leis penaes forem defeituosas ou antiquadas. Elle é então — disse o philosopho inglês — correctivo necessario, sem deixar de ser um mal.[5]).

Modernamente, os maiores inimigos do direito de graça são os positivistas italianos. Elles absolutamente o repellem em relação aos delictos communs. A contragosto o admittem relativamente aos politicos, sociaes, fiscaes e semelhantes.[6]). Tambem os sectarios da escola correccionalista, com Roeder á testa, atacam energicamente esse direito. Dorado Montero o qualifica como antigualha destinada a desapparecer.[7]).

Os partidarios desse instituto invocam, para justificá-lo, não só a sua antiguidade e adopção em todo o mundo, mas tambem razões de multiplas especies.

Uma das mais repetidas é, por certo, a da rigidez do direito typico (segundo a phrase de Gerland).

Sempre na vida se apresentam casos — assim se argumenta — em que a applicação da regra geral leva a resultados injustos. A regra é inimiga da individualidade (Binding). A graça serve para suavizar os rigores dessa applicação e corrigir os defeitos da lei. Ella é muitas vezes — observa-se — a precursora da creação de novas normas de direito.[8]).

---

4) Apud Geib, *Lehrbuch*, II, § 82.

5) *Traité de législation civile et pénale*, II, 190.

6) Ferri, *Principii*, § 43.

7) Infensa tambem ao instituto é Concepción Arenal, *El derecho de gracia ante la justicia* (Ob. comp., vol. XII).

8) Donnedieu de Vabres, *La justice pénale d'aujourdhui*, pag. 195: "Ce sont des décrets de grâce portant commutation de peine qui, dans les pays ou dans les époques où la peine de mort

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Outra razão frequentemente adduzida é a de que, estando a administração da justiça, ainda quando organizada com as maiores cautelas, sujeita a inevitaveis erros — erros que não podem ser emendados pelos meios ordinarios — constitue a graça remedio adequado a repará-los, embora nem sempre completamente. Com essa funcção, v. Ihering a chamou — valvula de segurança do direito (*Sicherungsventil des Rechtes*).

Allega-se ainda mais, em patrocinio do direito de agraciar, que não raro circumstancias supervenientes, como, exemplificando, no decurso da execução da pena, o exemplar ou irreprehensivel procedimento do condemnado, aconselham ou impõem a mitigação da mesma pena, quiçá até a renuncia á sua expiação.

Em hypotheses como essa, o exercicio da clemencia soberana plenamente se justifica.

Quanto á amnistia, em particular, pondera-se que muitas vezes, sobretudo em tempos de violentas agitações politicas, altos interesses do Estado exigem que se esqueçam factos delictuosos praticados, até como medida preventiva de futuras perturbações. Só com o olvido do passado se consegue restituir a paz á sociedade.

Não ha como pôr em duvida o valor destas e de outras razões que soem ser trazidas ao debate em prol do direito de agraciar. Aliás, os escriptores que o impugnam se fundam principalmente nos abusos a que elle tem dado margem. Taes abusos têm sido realmente clamorosos e

---

semble contraire ao voeu de l'opinion, en ont ménagé peu à peu. pour éviter un saut brusque dans l'inconnu, l'abolition définitive". Fritz Hartung qualifica o direito de graça como importante instrumento de politica criminal. Reprova v. Hippel a concessão systematica da graça *contra legem*, isto é, para que a pena de morte se não execute (*Strafrecht*, II, 538). Os inimigos da pena ultima (e nesse sentido nos inclinamos) não podem subscrever semelhante opinião.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

sem conta.[9]). Mas não justificam o repudio do archivelho instituto. Indicam, sim, que elle precisa ser organizado em moldes de maior perfeição.

No direito brasileiro a faculdade de indultar ou commutar as penas criminaes era attribuição privativa do Presidente da Republica (Constituição de 1934, art. 56, 3.º). Na vigencia do estatuto de 1891, essa attribuição se bipartia entre o executivo federal (relativamente aos crimes sujeitos á jurisdicção da justiça federal,[10]), exceptuados os casos previstos nos arts. 34, n. 28, e 52, n. 2.º) e o dos Estados (com referencia aos crimes de alçada dos tribunaes locaes). Anteriormente, no regime da monarchia, ao poder moderador, delegado privativamente ao Imperador, cabia, sem restricções, a alludida attribuição.[11]).

A clausula inserta no texto da referida Constituição — "mediante proposta dos orgams competentes" — parecia excluir a iniciativa do Presidente da Republica. Tornava-se imprescindivel que, por lei secundaria, se determinassem quaes esses orgams e como deveriam elles exercer a sua funcção.

A carta constitucional de 37 menciona, no art. 75, entre as prorogativas do presidente da Republica a de exercer o direito de graça.

---

9) Os exemplos de indultos concedidos por motivos inconfessaveis abundam em nosso país. Victoriosa a revolução de 1930, o governo provisorio, por decreto de 1.º de dezembro desse anno, indultou todos os criminosos primarios já condemnados ou ainda sujeitos a processo, que houvessem praticado qualquer das infracções previstas nos arts. 124 (resistencia), 134 (desacato e desobediencia ás autoridades), 303 (lesões corporaes leves), 306 (lesões corporaes culposas), 377 (uso de armas prohibidas), 399 (vadiagem) e 402 (capoeiragem) do codigo penal. São de pasmosa futilidade os fundamentos desse acto, que abrangeu incalculavel numero de individuos, muitos delles com certeza perigosos e indignos de clemencia.

10) E da capital da Republica.

11) É sabido o escrupulo com que o magnanimo Pedro II exercia a excelsa prerogativa do perdão. Crimes contra a fazenda

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O indulto presuppõe a existencia de uma pena criminal definitivamente imposta. Emquanto a sentença condemnatoria não transita em julgado não se póde dizer que haja uma pena nessas condições.

E' licito ao Presidente da Republica, concedendo o indulto, torná-lo dependente de termo ou condição?

A resposta deve ser affirmativa. A condição, outróra usual, de abandonar o indultado o país ou de ir morar em logar distante tem sido considerada inadmisivel pela jurisprudencia norte- americana. Esta, porém, annullando a condição, mantem a validade do indulto. [12]). Os effeitos da condição variam conforme a natureza — resolutiva ou suspensiva — della. [13]).

E' lição corrente que não tem o beneficiado a faculdade de recusar o indulto. Este é concedido *causa publica.* Não exclue, porém, esse beneficio o recurso do processo de revisão. [14]).

Todos os generos de delictos — communs, politicos ou militares — podem ser objecto de indulto. Nenhuma relevancia tem a qualidade das penas, desde que sejam criminaes.

O indulto não extingue o delicto — *poena potest tolli, culpa perennis erit,* no dizer de Ovidio. Conseguintemente, o indultado continúa a ser um condemnado. Se

---

publica ou particular — moeda falsa, peculato, contrabando, roubo, furto, estellionato — jamais lograram indulto. Sob o regime republicano, esse nobilissimo exemplo tem sido muito vezes esquecido.

12) Bar, *Gesetz und Schuld,* III, 479.

13) Florian, *Trattato,* II, n. 929: "L'avverarsi della condizioni o l'adempimento degli obblighi rende difinitivo il provvedimento: il mancato avverarsi o l'inadempienza lo rescinde, determinandone la decadenza".

14) Pontes Miranda, *Comm. á Constituição,* I, pag. 573: "A pratica norte-americana é pela opção entre o indulto ou a revisão. Mas a melhor doutrina é a que não estabelece qualquer dilemma: o indultado póde pedir a revisão. Em consequencia é irrenunciavel o indulto". Cumpre, porém, ponderar que os casos

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

pratica outro crime de identica natureza, violando o mesmo artigo da lei penal (segundo o systema de nosso codigo), torna-se reincidente e como tal deve ser tratado.

O perdão ou indulto obtido *obreptitie* (com a allegação de factos inveridicos) ou *subreptitie* (com a occultação de factos relevantes) sempre foi considerado sem valor. Porisso o juiz que se convencia da existencia de alguma dessas circumstancias devia sustar o cumprimento do rescripto até decisão superior. A Ord., liv. 5.º, tit. 130 exigia o julgamento da conformidade do perdão ou indulto com a culpa. Os decretos de 4 de outubro de 1854 e 28 de março de 1860 regularam o processo desse julgamento.

A revogabilidade do indulto, emquanto não cumprido, pela mesma autoridade que o concedeu, é lição corrente. [15]).

Depois da segunda constituição republicana, não podiam os Estados legislar sobre perdão e commutação de penas criminaes. [16]). Tão pouco agora. [17]).

---

de revisão são taxativamente fixados pela lei. Nem sempre, portanto, poderá o indultado aproveitar-se desse recurso.

15) O escriptor citado na nota anterior diz — "se a ordem do Poder judiciario ainda não foi cumprida pelo director da Casa de Detenção". Generalizamos a regra.

16) Algumas constituições estaduaes assim não entendiam. Evidentemente violavam a lei maxima do país. Não incorria nesta censura a attribuição conferida pela Constituição paulista ao chefe de seu governo de indultar officiaes e praças da força publica? Pontes de Miranda, em seus *Commentarios*, disse: "Onde, excepcionalmente, o Estado-membro elabora leis *penaes* (administrativas), cabe-lhe perdoar e commutar". De accordo com esta lição, devia-se responder negativamente á pergunta supra. Em excellente artigo, que a *Revista dos Tribunaes*, v. CII, reproduziu, o dr. Baptista de Mello se referiu ao dispositivo da Constituição de São Paulo e não o desapprovou.

17) Abundante a literatura estrangeira sobre o direito de graça. Merecem lidos: Legoux, *Du droit de grâce en France comparé avec les legislations étrangéres*, Paris, 1885; Roux Dessarps, *De la grace*, Paris, 1898; N. Levi, *Amnistia-indulto* no *Digesto italiano*, III, pag. 1; Frisoli, *Amnistia e indulto nella vigente legislazione*

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

III. — Da rehabilitação — ultimas das causas extinctivas da condemnação — trataremos nos commentarios ao art. 86.

---

penale, Milão, 1933; Gerland, no *Handwoerterb. d. Rechtsw.* de Stier-Somlo, s. v. *Begnadigung;* F. Hartung, no *Handwoerterbuch d. Kriminologie*, s. v. *Begnadigung*, etc. Da brasileira lembraremos B. Florentino, *Do poder moderador*, cap. XII (sobre o direito antigo do imperio); Germiniano da França, *Instituto juridico da graça*, brilhantes artigos estampados no *Jornal do Commercio*, do Rio, em 1933; Baptista de Mello, *Perdão e commutação de penas criminaes*, na *Revista dos Tribunaes*, vol. CII (1936).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 73 — A condemnação suspende-se:

a) pelo livramento condicional;

b) pela fiança (art. 401).

I. — A disposição deste artigo tem sido criticado como enxerto injustificavel. Realmente, elle ahi se acha como corpo extranho, sem a menor necessidade. João Vieira e Galdino Siqueira observaram que a soltura condicional e a fiança do art. 401 não suspendiam a condemnação. Desta, que continuava em vigor, eram a primeira e a segunda meros estagios. Não nos parece que a observação seja de todo procedente.

Quanto ao livramento condicional, convergem os escriptores em conceituá-lo como fórma ou modalidade particular da execução da pena. A verdade verdadeira é que esta, em sua forma primitiva, fica suspensa, até que sejam cumpridas as condições do livramento.

Quanto á fiança permittida pelo art. 401, a sua funcção está perspicuamente indicada nesse dispositivo. Desde que ella seja prestada, fica a sentença condemnatoria suspensa.

A questão, porém, carece de importancia pratica.

II. — Na epoca em que o codigo foi promulgado, não existia ainda em nosso direito o instituto da con-

---

1) O moderno codigo do Uruguay indica como causa extinctiva da condemnação o livramento condicional, preenchidas que sejam as respectivas condições (art. 131).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

demnação condicional. Só muito mais tarde o adoptamos. Esta é a razão de não apparecer elle mencionado no art. supra.

Com a condemnação condicional já em outro ponto nos occupamos detidamente.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 74 — As incapacidades pronunciadas pela condemnação cessam em consequencia do indulto de graça.

I. — O indulto (quando total) extingue a condemnação. Em consequencia delle — declara o artigo supra — cessam as incapacidades por ella pronunciadas. A que incapacidades se refere o texto legal? Responde o emerito commentador Galdino Siqueira: ás que constituem a interdicção prevista no art. 55, ás do exercicio de funcções, empregos e officio publico. [1]. A resposta precisa ser completada. Tambem as incapacidades resultantes da privação do exercicio de uma arte ou profissão entram nesse numero. O mesmo não acontece com as incapacidades de ordem civil. O individuo condemnado por furto, roubo, estellionato ou falsidade (cod. civ., art. 413, IV) não póde ser tutor, embora indultado. [2].

II. — Os effeitos do indulto variam conforme as legislações. Segundo o vigente codigo italiano, elle não extingue as penas accessorias, salvo se o decreto dispuzer de modo diverso, "e neppure gli altri effetti penali della condanna (art. 174)". No direito francês, o in-

---

1) *Direito penal brasileiro*, I, n. 480.

2) Segundo Pontes de Miranda, o indultado fica livre das penas; não dos outros effeitos da condemnação, como a exclusão da folha corrida (*Commentarios á Constituição*, I, pag. 573).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

dulto não faz desapparecerem as incapacidades ligadas á condemnação.[3]). No espanhol as inhabilitações para cargos publicos e para o exercicio de direitos politicos só se comprehendem no indulto se especialmente mencionadas.[4]). No argentino, como se deduz dos termos amplos do art. 68 do codigo penal, o indulto só não extingue "las indemnizaciones debidas a particulares".

---

3) G. Vidal, *Droit criminel*, pag. 748.

4) Lei de 18 de junho de 1870, art. 7.º. Segundo o art. 15 do codigo penal "el indultado, aunque lo sea totalmente, no podrá habitar en la misma población o término municipal que el ofendido, su conyuge, sus ascendientes o descendientes, por el tiempo que, a no mediar el indulto, deberia durar la condena, sin el consentimiento expreso de las mismas personas, quedando en otro caso sin efecto el indulto concedido".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 75 — A amnistia extingue todos os effeitos da pena e põe perpetuo silencio ao processo.

I. — A amnistia, que etymologicamente significa esquecimento, é o acto pelo qual o competente poder do Estado declara que, em relação a certos crimes e a determinadas pessôas, as leis que regulam a punição e o processo desses crimes deixarão de ser applicadas. E' a derogação dessas leis, em beneficio de taes crimes e dos respectivos autores e cumplices. E' a renuncia á acção repressiva do Estado.

A amnistia é de todas as formas de clemencia — escreveu um dos nossos mais eminentes juristas — a que age com mais efficiencia e promptidão, e da qual decorrem effeitos mais extensos. E' de caracter real, porque extingue o facto punivel em sua origem, obstando, por um effeito de retroacção transitoria, que aquelles que nelle figuraram, qualquer que fosse o gráu de actuação, sejam submettidos ao exame e julgamento do poder judiciario, ou soffram as consequencias e as incapacidades que o julgado acarreta. E' das modalidades da graça a que faz abstracção do interesse individual, para só olhar o interesse collectivo. Dirige-se sempre a uma collectividade de pessôas, e, quando se refere, nominalmente, a determinado individuo, como no caso de um agitador politico, aproveita a todos os comparticipes da agitação. O escopo da amnistia é a pacificação dos espiritos, é a reintegração da ordem e da paz na sociedade convulsionada,

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

e, nisto distingue-se do indulto, cujo fim é a conciliação da lei com a equidade, para corrigir o erro judiciario, ou a relevação da pena pela sua improficuidade. [1]).

A debatida controversia a respeito do poder ao qual deve ser attribuido o direito de amnistia estava solucionada, e no melhor sentido, pela nossa Constituição. Era ao poder que fazia a lei que assistia esse direito. Assim tambem resolvem, em sua maior parte, as leis fundamentaes dos governos democraticos.

Decretando a amnistia, exercia o poder legislativo uma attribuição que lhe era privativa, de caracter eminentemente politico. Nenhum dos outros ramos do poder publico tinha autoridade para entrar na apreciação da justiça ou conveniencia da medida. Os motivos de ordem superior que a aconselhassem ou impuzessem escapavam ao exame dos demais poderes.

Na actualidade, sob o regime da carta de 10 de novembro (1937) é ainda ao poder legislativo que compete resolver sobre a amnistia, mas com as limitações impostas por esse diploma á acção do mencionado poder.

A amnistia se differencia do indulto e da graça (em sentido restricto): *a*) pelo seu caracter; *b*) pela natureza dos delictos a que, em regra, se applica; *c*) pela amplitude de seus effeitos; *d*) pela autoridade que a concede; e *e*) pelo tempo em que póde ser concedida. Objecto directo da amnistia é o facto delictuoso. Ella comprehende os delictos accessorios; abrange os cumplices; obsta á reincidencia; [2]) e annulla a acção do poder judiciario.

---

1) Germiniano da Franca, *O instituto juridico da graça*, no *Jornal do Commercio*, do Rio, de agosto de 1933.

2) No projecto Sá Pereira, dispõe o paragrapho unico do art. 40: "Não se terá em conta na reincidencia: I a condemnação extincta pela amnistia". O codigo italiano actual (em face do anterior a solução era duvidosa) manda computar na reincidencia a condemnação extincta; salvo quando a causa extinctiva abranger

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A amnistia é geral, quando concerne á todas as pessôas envolvidas no delicto; ampla ou plena, quando productiva de todos os seus effeitos; restricta ou limitada, quando exclue certas pessôas, certas infracções ou certos logares. Ás vezes a concessão se faz mediante condições. Estas não devem ser pessôaes, pois a amnistia não é pessoal, mas diz respeito aos delictos e á acção penal. [3]). Muitos escriptores se manifestam contra a amnistia condicional. Elles entendem que as condições são incompativeis com a essencia e o escopo desse instituto. [4]). O Supremo Tribunal Federal, em accordam de 20 de janeiro de 1927, firmou a doutrina de que o poder legislativo não estava impedido de estabelecer as condições e garantias que considerasse necessarias ou convenientes. [5]).

Segundo a opinião commum, não póde a amnistia ser recusada. Realmente, trata-se de medida adoptada em vista de superiores razões de interesse publico. A sua efficacia é immediata e absoluta. Não póde ficar dependente do vontade dos particulares. A questão — alquanto bysantina, diz Florian — foi durante algum

---

tambem os effeitos penaes (art. 106). Segundo o systema desse codigo, a amnistia não supprime os estados individuaes do delinquente reincidente, habitual, profissional ou de tendencia. Em sentido opposto, o direito francês.

3) Masucci, na *Enciclopedia* de Pessina, III, pag. 298.

4) Ruy Barbosa (causidico genial, como o qualificou o critico das *Duas grandezas*), na sua *Amnistia inversa*, combateu ardorosamente as condições impostas pelo dec. de 21 de outubro de 1895. Mas não logrou convencer.

5) Eis a summula desse julgado: "Sendo a amnistia medida essencialmente politica, ao poder autorizado para concedê-la compete apreciar as circumstancias extraordinarias em que o interesse social reclama o esquecimento de certos e determinados delictos. Podendo a amnistia ser geral, restricta, absoluta ou condicional, sómente ao Poder legislativo, que pela Constituição Federal tem a attribuição privativa de a decretar, assiste o incontestavel direito de estabelecer as garantias e condições que julgar necessarias ao interesse do Estado, á conservação da ordem publica e á causa da justiça".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

tempo debatida. Hoje, poucos escriptores ainda sustentam a these da recusabilidade. [6]).

A amnistia se applica aos crimes commettidos *pridie*, isto é, até á vespera do dia da lei que a concede (salvo fixação expressa de outra data). Não abrange os que *continuam* ou *permanecem*. No concurso de crimes, só aproveita aos que ella menciona.

A lei que concede amnistia está sujeita, como as demais leis, para ser applicada, á interpretação dos tribunaes. Devem estes entendê-la *plenissime*, consoante a regra de Javoleno (L. 3, D., I, 4).

E' revogavel, pelo poder que a fez, a lei da amnistia; mas a revogação não poderá ter effeito retroactivo. [7]).

II. — A Constituição de 1934, no art. 19 das Disposições transitorias, concedeu amnistia ampla a todos quantos tivessem commettido crimes politicos até á data de sua promulgação. Numerosos casos de amnistia nos offerece a historia da legislação patria. Parcialmente ou com restricções foi ella concedida aos revolucionarios pernambucanos e parahybanos de 1817 (dec. de 29 de março de 1818), aos da Republica do Equador, em Pernambuco (dec. de 5 de março de 1825), e aos revoltosos da esquadra em 1893 (dec. de 31 de outubro desse anno). Amplamente, a obtiveram os revolucionarios mineiros e paulistas de 1842 (dec. n.º 342, de 14 de março de 1844), os da Republica de Piratininga (1846), os que tomaram parte na revolução Praieira, em Pernambuco, os impli-

---

6) Em sentido contrario á opinião commum se manifestou Barbalho nos seus optimos commentarios á Constituição de 1891 (pag. 132).

7) Pontes de Miranda, *Commentarios*, I, pag. 215.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

cados na questão da maçonaria (1875), os sublevados da fortaleza da Lage e Santa Cruz e os envolvidos nos movimentos de Matto Grosso e Rio Grande do Sul.

A cada revolução — observa Pontes de Miranda [8]) — a historia da Republica fez seguir-se amnistia.

---

8) *Ob. cit.*, pag. 210.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 76 — A amnistia e a remissão das penas por indulto de graça não eximem o agraciado de satisfazer a indemnização do damno.

I. — O codigo de 1830 (art. 66) estabelecia preceito identico, mas unicamente quanto ao perdão ou minoração das penas. Não se referia á amnistia, dando com isso logar a interpretações divergentes. Thomaz Alves entendia que, em caso de amnistia ampla, não se salvava o direito de terceiro á indemnização.[1]. Braz Florentino opinou de modo opposto.[2].

O artigo supra exclue qualquer duvida. *Beneficium Principis nunquam jus quaesitum tollet tertio.* O damno causado pelo delicto subsiste, a despeito do indulto ou da amnistia. Razoavel e justo é que por elle responda o agraciado. Em casos excepcionaes, tem sem duvida o Estado o direito de abolir, por disposição formal da lei, as acções civis, isentando os beneficiados da obrigação de indemnizar. Deve, porém, assumir a respectiva responsabilidade.[3].

---

1) *Annotações ao cod criminal,* I, pag. 657.

2) *Do poder moderador,* pag. 290.

3) Haus, *Principes,* n. 995; Garraud, *Précis,* n. 328; Pontes de Miranda, *Commentarios á Constituição,* I, pag. 214.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 77 — Nos crimes pelos quaes se não póde proceder senão por queixa da parte, o perdão do offendido extingue a acção penal, mas não faz cessar a execução da sentença, se o condemnado recusar acceitá-lo.

I. — A semelhança do que acontece em outras legislações, faz a nossa, em certos crimes, depender da vontade da parte offendida o processo contra o autor e a execução da condemnação a este imposta. A retirada da queixa, o perdão do offendido, em taes casos, extingue a acção ou faz cessar o cumprimento da pena. O beneficio, porém, não tem caracter obrigatorio: póde o querelado recusá-lo. Embora não exista disposição expressa a respeito, deve o perdão abranger todos os indiciados. [1]).

No systema de nosso direito, poucos são os crimes de acção privada. Delles, a maior parte, no projecto do novo codigo, passou a ser de acção publica, mediante representação. Esta é irretratavel. Quer dizer: o direito de perdoar, concedido ao offendido, torna-se mais restricto. Não ha como negar o progresso na reforma.

Se o instituto da queixa (querela) está fadado a desapparecer dos codigos — como affirma moderno criminalista italiano [2]) — o perdão do offendido, como

---

1) Em sentido contrario: Galdino Siqueira, *Direito penal brasileiro*, I, pag. 678.

2) Maggiore; *Principi di dir. pen.*, I, pag. 601.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

meio de extinguir a acção penal ou de fazer cessar a execução da sentença, ha de necessariamente ter o mesmo destino.

O direito de perdão, pela sua natureza personalissima, não se transmitte a terceiro, *inter vivos* ou *causa mortis*. O direito de queixa que o art. 324 concede ao conjuge, ascendente, descendente ou irmão do morto não é um direito derivado. Objecto do delicto de injuria ou calumnia contra a memoria de um morto é a honra da familia (segundo a opinião mais corrente). Titular da queixa, por direito proprio, é a familia do morto.[3]).

---

3) Varias legislações reconhecem, em favor de certos parentes, a transmissibilidade do direito de queixa, nos dois seguintes casos: *a*) se o offendido fallece antes de haver decorrido o prazo legal para a apresentação da queixa; *b*) se deixa de existir depois de iniciado o processo. Assim o actual codigo italiano (art. 507). No mesmo sentido, o projecto Sá Pereira, revisto, art. 218.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 78 — A prescripção da acção, salvos os casos especificados nos arts. 275, 277 e 281, é subordinada aos mesmos prazos que a da condemnação.

I. — Transcorrido certo espaço de tempo, préviamente fixado pela lei, renuncía o Estado ao direito de punir factos criminosos antes praticados. A cessação do poder punitivo do Estado, em consequencia do lapso de tempo decorrido, é o que se chama — prescripção criminal. Commummente se falla em prescripção do crime, da acção penal ou da condemnação. Está hoje reconhecida a impropriedade dessa linguagem. Objecto da prescripção é o direito que o Estado tem de punir, de impôr e executar a pena. [1]).

Qual a razão que justifica semelhante renuncia?

Impugnaram-na antigos escriptores como anti-juridica e perigosa. Anti-juridica, porque ia de encontro ao principio segundo o qual todo delicto deve soffrer a merecida punição. Perigosa, porque, dando logar á impunidade, acoroçoava a perpetração de novos crimes. [2]).

---

1) Loening, *Vergleichende Darstellung*, A. T., I, 379.

2) Servin, *De la legislation criminelle*, Basiléa, 1782, pags. 111 e 113; Oerstede, *Grundregeln der Strafgesetzgebung*, pag. 471-82; Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § 13; Bentham, *Traité de législation civ. et crim.*, II, 148; Fuerbach, *Lehrbuch*, 1803, p. 58, etc. Os escriptores da época illuminista foram decididos adversarios da prescripção. As escolas absolutas — os sectarios de

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Estes argumentos não lograram abalar o instituto.

Encontramó-lo acolhido pelas legislações criminaes de quasi todo o mundo.[3]).

Uma teoria cara aos criminalistas francêses e belgas pretende que fundamento da prescripção é a presumpção da emenda (*praesumptio vitae emendatae*) do delinquente. Se este — argumentam elles— durante certo periodo de tempo, mais ou menos longo, não commetteu outro crime, deve-se concluir que se corrigiu, não precisando mais de punição.[4]).

Kant e Hegel — tambem com ella não podiam concordar. Apesar de toda a opposição que soffreu, triumphou esse instituto nas legislações. A sua abolição no codigo josephino (1787) teve duração ephemera. Em nossos dias, os partidarios da escola positiva italiana só toleram a prescripção, em materia criminal, com importantes reservas. Florian, um dos de maior fama, assim se externa: "...la prescrizione rappresenta un premio dato all'abilità, alla furberia, alla richezza; doti o condizioni queste che facilitano la fuga. Inoltre la prescrizzione si basa tutta su di una presunzione, la presunzione che col decorso del tempo sia dileguato l'interesse a punire, sieno disperse o guaste le prove del reato. Ora è evidente che questa presunzione può non corrispondere alla realtà. Inoltre è pur chiaro che in grazia della prescrizione, il reato viene meno non in virtù di ragione intrinseca, bensi per un motivo affatto estraneo. La colpevolezza, nel senso morale e giuridico, può rimanere intera a malgrado del tempo trascorso.

Noi crediamo, pertanto, che non si possa attribuire *a priori* alla prescrizione un valore assoluto e generale; noi, in relazione ai criteri ed al metodo criminologico positivo, vorremmo che nell' applicarla si avesse riguardo alla persona del reo, alla categoria cui egli appartiene, alle condizioni sue individuali, alla sua condotta, ai suoi precedenti, all'indole del reato commesso, e che la prescrizione potesse avere luogo solo quando l'individuo risultasse effettivamente non temibile. In altre parole, vorremmo che la cessazione dell'interesse a punire fosse non una *presunzione*, benzi una *realtá*. (*Trattato*, II, n. 933)".

3) O direito inglês não contem disposições geraes a respeito da prescripção. Sómente em relação a certos crimes é ella admittida. O mesmo se dá no direito escossês.

4) Veja-se a critica de Heinze no *Handbuch* de v. Holtzendorff, II, pag. 606. Tambem Lourié, *Die Kriminalversjaehrung*, pag. 11.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Essa presumpção, destituida inteiramente de base, não passa, de desmedido optimismo. Na vida real, nada a autoriza. Além disso, a emenda do delinquente não constitue o unico fim da pena. [5]).

O influxo desta teoria se percebe nas legislações que estabelecem como condição da prescripção o bom procedimento do delinquente durante o prazo prescripcional, nomeadamente que não pratique outro crime. [6]).

Enquadra-se nesa teoria, como sub-especie, a opinião, sustentada por alguns escriptores, de que, com o decurso do tempo, o caracter ou personalidade do delinquente se transforma; de sorte que vem a se tornar superflua a punição.

A hypothese de mudança de natureza intima do individuo, que haja transgredido a lei penal, pelo simples escoamento do tempo, é pura phantasia optimista. Só em casos excepcionaes, nas prescripções de longa duração, se poderá admittir a idéa de regeneração do criminoso.

Outra teoria — a da expiação (*Suehnetheorie*) — repousa tambem em uma presumpção, de identico valor. Pretendem os seus adeptos que, vivendo attribuladamente, debaixo de incertezas e apprehensões, durante o periodo da prescripção, soffre o delinquente tanto quanto soffreria se estivesse sob os rigores da lei. As angustias por que elle passa, as afflicções que lhe atormentam a consciencia, tornando-lhe a existencia incerta e precaria, equivalem á pena, ao castigo legal. [7]).

---

5) Com essa teoria é inexplicavel a prescripção das contravenções.

6) Stooss, *Grundzueg*, I, pag. 430.

7) van Hoorebeke, *Traité des prescriptions en matiére pénale*, 1847, pag. 48 e segs.; Cousturier, *Traité de la prescription en matiéré crim.*. 1847, pag. 14 e segs. Nas discussões do Codigo de instrucção criminal, em França, se fallou com insistencia no sup-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Presupõe semelhante teoria um estado de espirito que não se encontra na grande maioria dos criminosos. Ainda mais: o mal da pena e o temor de soffrê-la (como observou Schwarze) não são quantidades que se compensem. [8]).

Outra teoria (*des getingten Andenkens*) apresenta como fundamento do instituto da prescripção criminal a circumstancia de que, com o perpassar do tempo, se vae apagando na memoria dos membros da communhão, até ao ponto de extinguir-se completamente, a lembrança do delicto; cessando em consequencia a necessidade do exemplo publico, em que consiste principalmente o fim da pena.

Segundo essa teoria — notou admiravelmente o argutissimo Binding — não é o crime, mas o seu conhecimento (a sua recordação) que dá logar á pena.

Não é preciso mais para evidenciar-lhe a erronia.

Assáz espalhada é a idéa de que a prescripção criminal — a renuncia do Estado á punição — resulta das difficuldades e incertezas da prova. Com o tempo, vão desapparecendo os elementos que demonstram a existencia do crime e a respectiva autoria. Aumentam os riscos de uma punição injusta. Cresce para o innocente a impossibilidade de patentear a sua nenhuma culpabilidade. Já Thomasius (*De bigamiæ prescr.*, 1685) dizia que a prescripção visava impedir que "propter summan factorum incertitudinem ex temporis diuturnitate prove-

---

plicio que, para o criminoso, representa a espectativa da punição. "Ce supplice plus cruel que la mort n'a-til pas assez vengé le crime et legitimé la prescription? "perguntou-se. Com razão, disse Ortolan (*Elements*, II n. 1857) que esse argumento não passava de phrase rhetorica. Os que o acceitam devem considerar como circumstancia attenuante o decurso parcial do prazo.

8) Schwarze, *Bemerkungen zu Lehre v. d. Verjachrung*, 1867, 10).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

nientem innocentes indebita efficiantur poena aut beneficio defensionis priventur". Para o insigne Binding a transitoriedade da prova é o unico motivo que verdadeiramente constringe o legislador consciencioso a acolher a prescripção da acção penal. [9]).

Contra essa teoria, estabelecida sob um ponto de vista processual, se objecta que ella não póde justificar a prescripção da condemnação, que a quasi unanimidade das legislações admitte. Loening pondera com toda procedencia que, dependendo o prazo da prescripção do caracter juridico da acção, muitas vezes, para fixar aquelle, se torna indispensavel e prova desta. [10]).

Realmente, como determinar o prazo da prescripção, o seu começo e o seu fim, sem a prova da actividade criminosa?

Alguns escriptores attribuem á acção do tempo, exclusivamente, a efficacia extinctiva da prescripção. Berner chamou ao tempo a razão das razões (*Grund der Gruende*) da prescripção. Outros criminalistas insistem sobre "o infinito poder do tempo". Mas, como já observava o velho Cremani, o tempo é "simplex nudumque nomem durationis rerum existentiam, non ens quoddam physicum aut morale, adeoque non posse habere jus pariendi moralem modum — aliaque istiusmodi, quæ in jure consistunt".

Sustentam abalisados autores que só motivos de equidade (*Billigkeitsgruende*) justificam a prescripção criminal. Outros allegam que, após o decurso de certo tem-

---

9) *Handbuch d. Strafrechts.* pag. 823. Consequente com o seu ponto de vista, o insigne criminalista repelle a idéa da prescripção da pena. Elle affirma que não é possivel descobrir qualquer razão de alguma solidez em favor dessa especie de prescripção. A seu ver, ella deve simplesmente ser posta á margem.

10) Merkel, *Lehrbuch d. deut. Strafrechts*, § 89; Siegert, *Grundzuege d. Strafrechts im neuen Staate*, pag. 70; etc.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

po, perde a punição toda finalidade. Deixa o Estado de ter interesse nella.

Todas essas teorias (e outras que, *brevitatis amor*, deixamos de mencionar),[11]) isoladamente, não podem dar, de modo satisfactorio, o fundamento racional, politico-juridico, da prescripção criminal. Porisso, preferem os escriptores combiná-las, apresentando uma doutrina ecclectica.

Com a passagem do tempo e a successão ininterrupta dos acontecimentos, a impressão produzida na consciencia publica pela pratica do crime, pelas consequencias que este produziu, vae diminuindo a pouco e pouco, acabando por obliterar-se de todo. A prova se torna defeituosa e incerta. Aumentam com isso os perigos de erros e injustiças. A repressão, tanto mais efficaz quanto mais prompta, deixa de offerecer interesse para a sociedade.

Com estas razões, principalmente, procuram os alludidos escriptores explicar, em seus fundamentos, o instituto da prescripção criminal. O argumento da difficuldade da prova — como todos elles reconhecem — só vale em relação a uma das especies da prescripção.

Thema de porfiadas discussões é o concernente á verdadeira natureza juridica desse instituto. Uns o consideram de direito material[12]) e outros como de direito

---

11) Completa resenha dessas teorias se encontra em Manzini, *Trattato di dir. penale*, III, pag. 243 e segs. E tambem na monographia de Lourié, já citada.

12) Neste sentido: v. Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, § 76; v. Bar, *Gesetz und Schuld*, III, 390; Loering *ob. cit.*, 379; Beling, *Grunzueg*, 61; Hafter, *Lehrbuch*, 391 e varios outros. Commentando o art. 157 do codigo de seu país, escreve Ottorino Vannini: "Le norme relative alla prescrizione sono norme di diritto sostanziale in quanto sono norme di diritto sostanziale tutte quelle norme che disciplinano le cause per cui sorge, si modifica o si estingue la pretesa punitiva statale, ossia il rapporto punitivo, restando norme d'indole processuale quelle desciplinanti la nascita, lo svolgimento e l'esaurimento del procsso penale (*Il cod. pen. illustrato*, I, 645).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

processual.[13]). Terceira corrente lhe attribue caracter mixto.[14]). A primeira dessas opiniões é a mais difundida. Por ella, a prescripção extingue o proprio *jus puniendi* do Estado.[15]).

A prescripção póde verificar-se relativamente á acção criminal ou á execução da pena imposta pela sentença condemnatoria. Esta segunda especie, de menos importancia pratica, data da legislação francêsa de 1791 e 1808. Della se propagou para os mais diversos países.

II. — Brevissimo resumo historico. As antigas legislações não conheceram a prescripção. Ella apparece, entre os romanos, em relação aos crimes publicos, sómente na época imperial: a principio, limitadamente a certos crimes (os definidos pela *Lex Julia de adulteriis coercendis*), depois, abrangendo tambem outras figuras criminosas. O prazo era de cinco annos. Deocleciano (284-305) fixou, como regra geral, o termo de vinte annos. Foram exceptuados o *parricidium* (provavel sobrevivencia da antiga imprescriptibilidade dos crimes — diz Heinze), a *suppositio partus* e a apostasia. Quanto ao primeiro, dispunha a l.10,D.,XLVIII,tit.IX: "Eorum, qui parricidii poena teneri possunt, semper accusatio permittur". Quanto ao segundo, a l.19, §1, D.XLVIII, tit. X: "Accusatio suppositi partus nulla temporis praescriptione depellitur". Do ultimo, dizia a l.4,C.,I,tit. VII: "Apostatarum sacrilegum nomem, singulorum vox continua accusatione incesset, et nullis finita temporibus

---

13) Rosenberg, na *Zeitschrift* de v. Lizst, XXXVI, pag. 529; e especialmente Lourié, na monographia já citada.

14) Frank, *Strafgesétzbuch*, § 66; v. Hippel, *Deutsche Strafrecht*, II, pag. 558; e varios outros.

15) Deixa de existir o direito (*jus gladii*) do Estado, mas não adquire o culpado direito á impunidade. Tal direito é tão inconcebivel como o direito á pena (Binding, *Handbuch*, pag. 821).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

hujuscemodi criminis arceatur indago". [16]). Mais tarde, o imperador Anastacio, creando a prescripção subsidiaria de 40 annos (L.4,C.,VII,39), preceituou: "nullumque jus privatum vel publicum in quacumque causa, vel quacumque persona, quod praedictorum quadraginta annorum extinctum est jugi silentio, moveatur".

Os jurisconsultos italianos da edade media foram pedir ás fontes romanas os preceitos que deviam completar, em materia de prescripção, o direito estatuario. E assim, subsidiariamente, adoptaram o prazo prescripcional de 20 annos para a generalidade dos crimes. Quanto ás exclusões, as ampliaram grandemente. Parecendo-lhes que ellas tiravam sua razão de ser da gravidade dos crimes, tornaram imprescriptiveis todos os *crimina atrocissima, excepta et enormia*..

Em varios pontos foi a doutrina da prescripção desenvolvida e completada. As idéas de que o decurso da maior parte do prazo prescripcional devia ser considerado como circumstancia minorativa da pena; e a de que cumpria aos delinquentes manter, durante esse prazo, bom procedimento, não praticando outro crime, tiveram nos praticos italianos os seus introductores e defensores. Data delles a inserção do elemento da emenda do delinquente na construcção do instituto da prescripção criminal.

Exerceram esses criminalistas o mais largo influxo sobre o direito commum allemão. As regras da legislação romana, como elles as entendiam e applicavam, passaram a ser observadas, com exclusão dos casos em que lhes fossem contrarias ás leis territoriaes.

---

16) Divergem os interpretes (desde Cujacio) a respeito do sentido desses textos. Ainda não ha muito, sustentou Loening que delles não se podia concluir pela imprescriptibilidade dos alludidos crimes.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Como entre os romanos, certos crimes graves não eram susceptiveis de prescripção. Opinaram alguns autores (Brunnemann, Leyser e outros) que nesse numero se achava o *homicidium*. A maioria divergiu, affirmando a possibilidade de semelhante crime prescrever (Matthaeus, Boehmer, etc). Graças aos ensinamentos de Engau (cuja monographia teve nada menos de cinco edições), veio a triumphar o principio de que todos os crimes (inclusive os exceptuados pelas leis romanas) estavam sujeitos á prescripção. O prazo desta era, como no direito romano, de 20 annos (*vicennium*). Isso em regra. Os crimes da *lex Julia de adulteriis* prescreviam em cinco annos (*quinquennium*). Relativamente á contagem do prazo, aos motivos de interrupção da prescripção, etc., seguiram-se as lições dos mestres italianos.

Tambem no direito francês, desde os fins da edade media, se fez sentir, poderosamente, a influencia das leis romanas. Dellas se afastou esse direito, estendendo a prescripção a todos os crimes. As restricções creadas pelos praticos italianos não alcançaram acolhimento. Como as fontes romanas nada diziam a respeito da prescripção das sentenças condemnatorias, admittiu-se que de taes sentenças se originava, contra o condemnado, uma *actio judicati* e a esta se applicou a prescripção romana de 30 annos. A legislação intermediaria de 1791 e do anno IV fixou em 20 annos o prazo dessa prescripção.

Esta, em uma ou outra de suas especies, dependia exclusivamente do decurso do prazo. [17]).

---

17) Quando se trata de prazo para o exercicio do direito de queixa, é incorrecto fallar em prescripção. Esta se refere á acção delictuosa; aquella, a um direito do offendido. Mui juridicamente se tem decidido que o art. 275 do codigo só diz respeito á apresentação da queixa.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Veremos no desenvolvimento deste commentario como o direito francês influiu na doutrina e nos codigos modernos.

III. — A divisão do instituto da prescripção criminal não impede que elle seja, fundamentalmente, unico. Em virtude dessa unidade, devem as duas especies ser reguladas conjunctamente? A questão é simplesmente de technica legislativa e depende, para ser resolvida, da uniformidade ou divergencia das normas estabelecidas em relação a cada uma das especies. O que absolutamente se não justifica é que, como acontece em algumas legislações (por exemplo, na belga e na japonêsa), figure uma de taes especies no codigo do processo e outra no do direito penal substantivo. O codigo patrio trata simultaneamente das duas formas da prescripção. Methodo diverso foi preferido pelo projecto Sá Pereira.

Dispõe o artigo que commentamos: "A prescripção da acção, salvos os casos especificados nos arts. 275, 277 e 281, é subordinada aos mesmos prazos que a da condemnação". Está essa equiparação de accordo com os dictames da sciencia e com os exemplos das melhores legislações alienigenas?

Criminalistas da maior celebridade se têm manifestado no sentido da identidade dos prazos. Basta lembrar Heinze, Schwarze, Haelschner e, entre os modernos, Loening e Hafter. Todos elles argumentam com o caracter meramente declaratorio da sentença e com o nenhum influxo que ella tem sobre o direito material. Alguns codigos territoriaes da Allemanha (Saxonia, 1838, art. 77; Hamburgo, art. 63; Thuringia, art. 73) e outros de cantões suissos (Zuerich, § 56, I; Berne, art. 545 e segs.; Lucerna, § 32; Schwitz, § 47; Basiléa, § 43, I, Soleure, § 50, I) consagraram a regra da egualdade dos prazos. Tambem o chileno (1874) não fez differença

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

alguma (arts. 93 e 97). O legislador patrio seguiu esses exemplos.

A grande maioria dos codigos, não só antigos como modernos, fixa prazos mais longos para a prescripção da condemnação. Assim procede o projecto brasileiro (Sá Pereira). Não são, porém, de grande solidez as razões que costumam ser adduzidas em prol do systema preferido.

Como é essa differença estabelecida? O confronto entre as legislações mostra que nenhum criterio, mais ou menos scientifico, foi seguido. Domina o mais puro arbitrio. O processo de maior simplicidade é o adoptado pelos codigos que (como o de Genebra, de Vallais e, em parte, da Hollanda) se limitam a duplicar o prazo, no caso da prescripção da pena. Ás vezes, a duplicação se opera sobre a base da pena, total ou parcial, a ser cumprida (cod. de Vaud, art. 77; de Thurgovia, 84, etc.). Segundo o moderno codigo uruguayo, "la pena se extingue por un transcurso de tiempo superior a un tercio del que se requiere para la extinción del delito (art. 129)". No codigo norueguês, a prescripção da pena tem, em geral, o aumento de cinco annos. Esse aumento varia, no polaco, indo da metade a dois terços. O codigo italiano actual fixa os prazos da prescripção, de uma e de outra especie, conforme a qualidade e a duração da pena. O crime para o qual a lei commina a reclusão por 20 annos, no minimo, prescreve nesse tempo; o punido com a mesma pena por 10 annos, pelo menos, em 15; o punido com o minimo de 5, em 10. A pena de reclusão se extingue com o decurso de um prazo egual ao dobro da pena imposta, não superior a 30 annos, nem inferior a 10. A contravencção sujeita á pena de arresto prescreve em 3 annos. Essa pena se extingue em 5.

Este ligeiro exame de varios codigos, tomados a esmo, demonstra a verdade da asserção que fizemos: o

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

aumento do prazo, no caso da prescripção da pena, não obedece a qualquer principio directivo. Cada legislador segue as proprias inspirações.

O artigo que commentamos contém a seguinte clausula — "salvo os casos especificados nos arts. 275, 277 e 281". O primeiro desses dispositivos diz: "O direito de queixa privada prescreve, findos seis mezes, contados do dia em que o crime fôr commettido". Embora o codigo falle em prescripção, não se trata propriamente desse instituto. O artigo transcripto estabelece um prazo dentro do qual o direito de queixa deve ser exercido. Esse prazo não se interrompe ou suspende: é fatal. Se o titular do direito não o exercita dentro do periodo legal, não mais poderá fazê-lo. A decadencia se opéra objectivamente. A doutrina distingue nitidamente a prescripção da decadencia. Não é da mesma natureza o prazo de trez meses fixado pela derradeira alinea do art. 277. Dentro desse curto espaço de tempo deve a mulher promover a acção criminal contra o marido. Está essa brevissima prescripção sujeita a ser interrompida. Tambem é de caracter prescripcional o prazo de trez meses estabelecido para a acção de adulterio (art. 281).

Outro caso de prescripção da acção differente, quanto ao prazo, da da condemnação é o dos crimes definidos na lei de fallencias (dec. n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929). A acção penal, em taes crimes, prescreve dois annos depois de encerrada a fallencia ou cumprida a concordata (art. 177).[18]).

Todas as acções criminaes e todas as penas devem ser susceptiveis de prescripção. Alguns codigos, porém,

---

18) A prescripção da condemnação, nos casos descriptos, é a commum.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

abrem axcepções. Segundo o direito italiano em vigor, são imprescriptiveis os crimes puniveis com a pena ultima ou com a de ergastulo. Varia legislações cantonaes da Suissa declaram imprescriptiveis certos crimes punidos com penas graves.[19]). Entre nós, excluidos da prescripção se acham os crimes de moeda falsa (art. 53 do dec. n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923) e os definidos nos arts. 107 a 118 do codigo penal (art. 3.º do dec. n. 4.861, de 1924), mas sómente quanto aos reus domiciliados ou homiziados no estrangeiro. Mais perfeitas nos parecem as legislações que não consignam excepções dessa ordem.

Inspirando-se em suggestões da escola positiva, o vigente codigo italiano estabelece a perpetua executividade da pena (como se exprime Florian) relativamente aos criminosos reincidentes (nos casos do art. 99), habituaes, profissionaes ou por indole. E mais quanto ao condemnado que, durante o tempo necesario para a extincção da pena, soffre condemnação á reclusão por delicto da mesma indole (art. 172, ult. alin.). Não chega a tal extremo o projecto brasileiro (Sá Pereira), mas, em se tratando de criminosos por indole, reincidentes, incorrigiveis ou profissionaes, não se contenta com o decurso do tempo fixado para a prescripção da pena, exige tambem que o prescribente prove haver mantido bom comportamento durante todo elle (art. 138, § unico). Essa exigencia não se harmoniza com o verdadeiro caracter do instituto e impõe ao condemnado o onus de uma prova assás difficil ou impossivel.

A prescripção póde occorrer relativamente a certos comparticipantes do crime e a outros não. Circumstan-

---

19) Curiosa é a disposição do § 3.º do art. 92 do novo codigo dinamarquês.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

cia objectiva, nada influe o erro em que a respeito della incorrer o autor.

Quando uma lei nova estabelece prazos prescripcionaes mais breves do que as anteriores, a sua applicação se faz com effeito retroactivo.

---

20) A bibliographia estrangeira sobre o assumpto encontra-se indicada no *Trattato* de Florian, II, pag. 1154. Não conta a literatura brasileira nenhuma monographia a respeito. Veja-se João Mendes Filho, *A prescripção criminal*, no *S. Paulo Judiciario*, vol. XXVI (1911).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 79 — A prescripção da acção resulta exclusivamente do lapso de tempo decorrido do dia em que o crime foi commettido. Interrompe-se pela pronuncia.

I. — Ao texto supra se deve addicionar, de accordo com o art. 37 do dec. n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923: — A prescripção da acção penal, que recomeça a correr da pronuncia, interrompe-se pelo despacho que a esta confirma e bem assim pela sentença condemnatoria recorrivel.

A unica condição positiva da prescripção da acção criminal é o decurso do tempo. Díl-o, de modo a não permittir a mais leve sombra de duvida, o adverbio "exclusivamente". Condição negativa é a da não superveniencia de uma causa interruptiva, como, *verbi gratia*, a pronuncia ou a reincidencia.

Começa o prazo prescripcional do dia em que o crime foi commettido. Computa-se, portanto, o *dies a quo*. Esse dia é, integralmente, o primeiro do prazo.[1]). O *dies ad quem* termina na ultima hora do dia anterior ao da mesma data, conforme o calendario.

A phrase correspondente da lei francêsa — "à compter du jour où l'infraction a été commise", não

---

1) Galdino Siqueira, *Direito pen. brasileiro*, I, pag. 686: "O *dies a quo* forma um todo indivisivel que serve de ponto de partida para o *exercicio*, como para a *extincção* da acção penal".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

obstante a sua perspicuidade, tem sido interpretada de modos oppostos. Entendem alguns criminalistas, como Ortolan,[2]), Garraud,[3]) e Vidal,[4]) que não se deve levar em conta o *dies a quo*. Contrariamente opinam Mangin,[5]), F. Hélie,[6]), Marquet[7]) e outros mais. O anteprojecto de revisão acompanha os primeiros. O codigo penal allemão emprega a phrase — "a prescripção começa com o dia...". Os melhores interpretes consideram inapplicavel a regra — *dies a quo non computatur in termino.*[8]). Em um dos codigos mais modernos — o uruguayo — tambem se estabelece como ponto de partida do prazo prescripcional o dia em que a infracção é praticada. Na respectiva exposição de motivos se põe fóra de duvida que esse prazo "se cuenta do *dies ad quem,* tenendose por entero el *dies a quo*".[9]).

Adoptando regra differente, para tornar bem clara a sua intenção, dispõe o codigo argentino: "La prescricion de la acción empezará a correr desde la media noche

---

2) *Éléments de droit penal,* ns. 1859 a 1863. Consulte-se Carrara, *Programma,* p. g., § 579, n. 2.

3) *Précis,* pag. 572 e segs.

4) *Cours de droit crim.,* n. 698.

5) *Traité de l'action publique,* II, n. 319.

6) *Pratique criminelle,* I, 1070.

7) *De la prescription en matière criminelle,* pag. 70.

8) Schwartz, *Strafgesetzbuch,* § 67, 2; Frank, § 67, II; Loening, *Vergleichende Darstellung,* A. T., I, 436.

9) Na vigencia do codigo de 89, entendia a jurisprudencia italiana, de accordo com a maioria dos escriptores, que o *dies a quo* devia ser excluido do prazo. Escreveu Florian que a opinião dominante precisava ser submettida a novo exame (*Rivista di dir. e proc. penale,* 1911, II, 281). Perante o codigo vigente, continua a ser sustentada, commummente, a referida exclusão. Com razão, o citado criminalista a considera contraria ao fundamento do instituto (*Trattato,* p. g., II, n. 939).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

del día en que se cometió el delito...". Semelhante exemplo pareceu ao autor do projecto brasileiro (Sá Pereira) digno de ser imitado. A sub-commissão legislativa com isso concordou.

A nós se nos afigura que, não sendo conveniente fazer correr o prazo prescripcional de momento a momento — solução mais verdadeira, mas pouco pratica, que o recente codigo polaco não receiou preferir [9-a]) — deve o *dies a quo* se computado no dito prazo. Isso porque só assim coincidem a *accusatio nata* e a prescripção. Não ha razão alguma para que ambas não iniciem simultaneamente a sua existencia. [10]).

Do dia em que o crime foi commettido principia a prescripção. Qual, porém, esse dia, tratando-se de crimes materiaes, isto é, que se integram com a producção de determinado effeito? Quando começa a prescrever, por exemplo, o crime de homicidio, se a morte do offendido só se verifica em data posterior á das lesões corporaes que lhe deram causa?

A questão adquiriu importancia principalmente na Allemanha, em vista do texto legal. A ultima alinea do § 67 do codigo desse país, assim reza: "A prescripção começa com o dia em que a acção é praticada, sem attenção ao tempo em que o resultado se verifica".

9-a) Esse codigo assim se exprime (consoante a versão francêsa): "si, à partir *du moment* de l'accomplissement de l'infraction...".

10) Le Sellyer, em seu *Traité dé l'exércicé ét dé l'extinction des actions publiques et privée*, II, n. 516, apresenta tambem este argumento: "... dans les matières criminelles, la faveur accordée au prévenu devant seule être prise en considération, il s'ensuit qu'il n'existe aucun motif pour s'écarter du principe suivant lequel *regulièrement de dies à quo* doit être compté dans le délai, et que, par conséquent, on ne saurait, en ne comprenant point ce jour dans le délai de la prescription, prolonger ce délai de la prescription au préjudice du prévenu".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Deixando de lado a tradição do direito commum e das legislações territoriaes, inclusive a prussiana, seguiu o mencionado codigo o exemplo saxonico.

Os que o defendem dizem que o resultado não é mais do que a propria acção — *ist ihr immanent,* na phrase de Waechter — que com elle se torna perfeita e acabada. Para elles, o resultado serve apenas para demonstrar a importancia e a efficacia da acção. Explica o criminalista citado: quem, com *animus necandi,* fere, em 1 de janeiro, a outrem, que só vem a fallecer meses depois, commetteu o crime na referida data e não posteriormente. Nos crimes culposos, é a acção imprudente ou negligente que os constitue: o resultado lhes mostra apenas a natureza.[11]).

A jurisprudencia do Tribunal do Imperio, torcendo o texto claro da lei, adoptou a doutrina de que o periodo da prescripção se iniciava, nos delictos culposos, com a effectuação do resultado, e, nos dolosos, com a execução da acção principal. O resultado, a que o codigo se referia, era, não o immediato, mas o mediato, que servia para aumentar a punibilidade.

Em desaccordo com esse modo de entender o dispositivo do codigo se externaram os criminalistas em sua quasi totalidade.

Os projectos de reforma, sem exceptuar o dos quatro professores, excluiram a phrase referente ao resultado. O ultimo, de 1930, dissipou toda e qualquer duvida, dispondo que, no caso de verificar-se o resultado posteriormente, isto é, após a actividade criminosa, a prescripção começaria a correr da segunda data (§ 80).

Fóra da Allemanha, a questão não poude ser suscitada, pois as legislações se exprimiam de modo a torná-la impertinente e inutil.

---

11) *Vorlesungen,* pag. 308.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Nos delictos commissivos por omissão, começa o prazo a decorrer do dia em que o resultado se verifica. Nos omissivos puros, do em que cessa a obrigação de agir. Nos delictos permanentes (como, exemplificando, o da privação da liberdade (carcere privado) ou sequestro previsto no art. 181 deste codigo),[12]), principia o prazo do dia em que termina o estado delles oriundo. A contar do dia do ultimo acto praticado decorre o prazo prescriptivo do delicto continuado.[13]).

Quanto á tentativa, ponto inicial da prescripção é o *dies* do derradeiro acto constitutivo do começo de execução. Na comparticipação criminosa, corre o prazo do dia em que o crime é commettido. E tanto para os autores materiaes como para os intellectuaes e para os cumplices.[14]).

---

12) Segundo a *communis opinio*, é este crime de natureza permanente. Em sentido contrario: Carrara, *Programma*, p. esp., § 1671; Lombardi, *Sequestro di persona*, no *Progresso giuridico*, I, 556.

13) Alguns codigos consignam expressamente regra a respeito. Assim, exemplificando, o italiano (art. 158) e o peruano (art. 120). O projecto Sá Pereira falla em "ultimo acto da serie que o constituia (o crime)". A phrase commada tanto póde referir-se ao delicto continuado como á tentativa. Na literatura allemã a solução não é pacifica. Waechter (*Vorlesungen*. 309), Heinze (no *Handbuch* de v. Holtzendorff, II, 617), Geyer, (*Grundriss*, I, 198), Bar (*Gesetz und Schuld*, III, 406) e varios outros entendem que a prescripção deve correr do dia em que é praticada cada uma das acções que formam o delicto continuado. Cada qual dellas — dizem elles — apresenta os caracteres de delicto perfeito. Com inteiro cabimento nota o ultimo dos criminalistas citados a incongruencia que existe entre o conceito do crime continuado,, que é a unificação juridica de varias acções puniveis, em favor do delinquente, e a applicação da regra de que, nessa especie de crime, a prescripção decorre do ultimo acto praticado, do término da continuação. O assumpto, da maior importancia, merece mais meditado estudo.

14) Não são concordes neste assumpto os criminalistas allemães. Para v. Liszt, Frank, Kitzinger e outros, a prescripção, nos casos de instigação ou auxilio, começa independentemente do

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Quando a punibilidade do delicto depende de uma condição objectiva, divergem as soluções. Opinam uns que a prescripção decorre do dia em que a acção é praticada, embora a condição só posteriormente se verifique.[15]). Pensam outros, a nosso ver, acertadamente, que o termo prescripcional se deve contar do dia em que a condição se realiza.[16]). O codigo italiano (art. 158) consagra expressamente esta segunda maneira de resolver. Mas exceptua o caso da "querela, istanza o richiesta". Estas retroagem *ex tunc* (ao dia em que o delicto foi commettido).

Não estão os escriptores de accordo na delimitação das condições objectivas da penalidade. Nem todos consideram a queixa, o pedido (representação) ou a autorisação como pertencentes a essa categoria. Assim nos parece tambem.

No caso de concorrencia ideal, o prazo póde ter inicio distincto, relativamente a cada uma das infracções. Este é o principio scientifico.[16-a]).

Regra especial sobre a fluencia do prazo prescripcional estabelece o art. 177 do dec. n. 5.746, de 9 de dezembro de 1929. Assim dispõe elle: "A acção penal dos crimes definidos nesta lei prescreve dous annos depois de encerrada a fallencia ou de cumprida a concordata". O encerramento da fallencia, devidamente declarada por sentença, ou o cumprimento da concordata, nas mesmas condições, marcam o inicio da prescripção.

---

facto do autor principal. Assim pensam tambem, mas sómente quanto á cumplicidade, v. Schwarze e v. Waechter. A maioria se manifesta em sentido identico ao do texto. Duvidas serias podem levantar-se relativamente á cumplicidade posterior, admittida pelo codigo patrio.

15) Assim, por exemplo, v. Liszt (*Lehrbuch*, § 77, II).

16) Schwartz, *Strafgesetzbuch*, § 67, I, 2.

16-a) Vide commentario ao art. 84.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Esta póde ser interrompida em seu curso por mais de uma causa. [17]). O artigo que commentamos menciona a pronuncia. Quando nos occuparmos do art. 81, veremos que tambem a reincidencia produz o alludido effeito.

E' impropriamente que se falla em interrupção da prescripção, pois esta não mais continúa. Uma outra, sujeita ao mesmo prazo, tambem susceptivel de interrupção, se inicia. Como complemento ao artigo que commentamos, dispoz, como já tivemos occasião de dizer, o dec. n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923 (art. 37): "A prescripção da acção penal, que recomeça a correr da pronuncia, interrompe--se pelo despacho que a esta confirma e bem assim pela sentença condemnatoria recorrivel". Portanto, segundo o nosso direito, as causas que interrompem a prescripção da acção cifram-se em quatro — o despacho de pronuncia, o que a confirma, a sentença condemnatoria (antes de transitar em julgado) [18]) e a reincidencia [19]). Essas causas são taxativamente deter-

---

17) Contra a interrupção da prescripção se declarou decididamente Carrara (*Programma*, p. g., §§ 580 e 718). v. Bar (*Gesetz und Schuld*, III, § 179) considera impossivel uma construcção satisfactoria desse instituto, pois elle não se concilia com o da prescripção. Não o conheceram os romanos. Assim tambem o antigo direito francês. Foi sob a influencia das doutrinas civilisticas que se introduziu no dominio do direito criminal a idéa da interrupção do prazo prescripcional. Os motivos do actual codigo allemão allegaram, como justificativa da idéa da interrupção, a sua adopção em quasi todas as legislações. Essa concordancia — pondera v. Hippel (*Deutsches Strafrecht*, II, pag. 564) — só indica ausencia de clareza a respeito da essencia e dos fins da prescripção. Leia-se o que diz Le Sellyer, no *Traité* citado, n. 478.

18) O despacho de pronuncia, o que a confirma, e a sentença condemnatoria, para que produzam o effeito interruptivo, não necessitam de conhecimento das partes. Alguns codigos — entre elles, o hollandês (art. 72) — exigem que estas tenham sciencia do acto que produz a interrupção.

19) A reincidencia como motivo de interrupção da prescripção ainda apparece em algumas legislações (cods. dos cantões de Lucerna, § 65, II, let. b; Schwitz, § 49, II; Obwalden, art. 39, V; etc.).

E' uma reminiscencia — como bem observa Hafter (*Lehrbuch*, § 87, V) — da velha teoria que não admittia a prescripção a favor de quem não se houvesse corrigido.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

minadas pela lei. O principio *contra non valentem agere non currit praescriptio* só vigora, em materia criminal, quando occorre um impedimento legal.

Variam as legislações na indicação dos actos ou factos interruptivos da prescripção. A formula do codigo peruano é das mais comprehensivas: "La prescricion da la acción penal se interrumpe por los actos judiciales de instrucción ó de juzgamento(art. 121)". Mais restricto, o codigo allemão falla em "todo acto do juiz que, por motivo do crime commetido, é dirigido contra o autor". Vehementes censuras têm sido feitas a esse dispositivo. A praxe o applicou ampliativamente, dando logar a que a prescripção se possa prolongar *in infinitum*. Procurando obviar tão grave inconveniente, os projectos de reforma só permittem a prorogação por tempo determinado. O dos quatro professores e o de 1930 não se contentaram com isso — acabaram com a interrupção prescripcional. Ella não apparece no codigo polaco.

Casuisticamente, o italiano enumera os actos capazes de interromper o curso da prescripção: a sentença ou decreto de condemnação, o mandado ou ordem de captura ou arresto, de comparecimento ou acompanhamento, o interrogatorio perante a autoridade judiciaria, a sentença de remessa (*rinvio*) ao juizo e o decreto de citação (art. 160). Todo casuismo denuncia que o legislador não conseguiu formar uma idéa capaz de ser formulada de modo geral e synthetico. E' um defeito de technica legislativa.

O codigo norueguês disse, com a maior simplicidade (segundo a versão de Swinderen): "Les cours de la prescription est interrompu par tout acte de poursuite inculpant le coupable". O projecto Sá Pereira (não alterado nesse ponto pela sub-commissão legislativa) achou que devia aproveitar o modelo. O paragrapho

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

unico do art. 17 repete (em linguagem nossa): "A prescripção interrompe-se por qualquer acto judicial inculpando o prescribente". Pouco feliz foi o projecto na imitação; mais ainda no accrescimo (obra da sub-commissão revisora) — "e, no crime de calumnia, pela excepção da verdade". A phrase" qualquer acto judicial increpando o prescribente" não prima pela clareza. A interrupção do prazo prescripcional pela *exceptio veritatis* é novidade que não merece approvação.

Não diz o codigo (falha em que tambem incorre o projecto) qual o effeito da interrupção, no caso de serem varios os comparticipantes do crime. No direito francês, a interrupção opéra *in rem*, isto é, até contra pessoas que não estão implicadas no processo.[20]). No italiano, tanto segundo o codigo revogado como o vigente, ella se estende a "tutti coloro che hanno commesso il reato".[21]). A solução opposta foi acolhida pelo codigo

---

20) O art. 637 do Codigo de instrucção criminal diz positivamente "à l'egard même des personnes qui ne seraient pas impliquées dans cet acte d'instruction ou de poursuit". Argumenta-se que esse acto conserva judiciariamente a lembrança do crime e, por consequencia, a necessidade do exemplo. E' uma razão bastante fraca.

21) Occupando-se do assumpto, perante o codigo de 89, escreveu Masucci (*Enciclopedia*, de Pessina, III, pag. 354): "... nel nostro Codice è prevalso il concetto, che quando la memoria e la triste impressione di un reato sono ravvivata da un atto interruttivo, poichè in tal modo è tenuto vivo l'interesse sociale alla punizione di tutti coloro che concorsero nell'opera criminosa, per tutti costoro, indistintamente, deve ritenersi interrotta la prescrizione, quantunque l'atto interruttivo sia intervenuto per uno soltanto di essi; non potendo ammettersi como giusto dalla coscienza pubblica che più colpevoli dello stesso reato, alcuni subiscano la pena meritata, ed altri godano di una immeritata impunitá, quando la pubblica esasperazione é uguale contro tutti, e per tutti i rei deve essere uguale la legge".

O codigo actual estendeu os effeitos da interrupção aos casos de connexidade. Dispõe, em sua segunda parte, o art. 161: "Quando per più reati connessi si procede congiuntamente, la sospensione o la interruzzione della prescrizione per taluno di essi ha effetto anche per gli altri".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

allemão. Para elle, a interrupção tem caracter pessoal, restringe-se á pessôa contra a qual o acto interruptivo foi dirigido (§ 68).[22]). No mesmo sentido dispõe o argentino: "La prescripción correrá o se interrumpirá separadamente para cada uno de los partícipes de un delito".[23]).

E' esse tambem o ponto de vista em que se collocou o recente codigo dinamarquês (art. 91).

Não poucas legislações, como a nossa, preferem deixar á doutrina a elucidação desse ponto. Dada a discordancia entre as opiniões, anda acertadamente o legislador que se pronuncia *apertis verbis* por uma dellas, excluindo a possibilidade de controversias.

Da interrupção se distingue a suspensão. Consiste esta na paralysação do inicio ou da continuação do processo. Seu effeito é estabelecer uma solução de continuidade no transcurso do periodo prescripcional. Cessada a causa da suspensão, não se abre uma nova prescripção, mas prosegue a antiga.

---

22) Era nesse sentido a tradição do direito commum. Dos criminalistas allemães, sómente Berner (*Lehrbruch*, 323), combateu o caracter pessoal da interrupção.

23) A commissão que elaborou o projecto de 1896 (Rivarola-Matienzo-Norberto-Piñero) assim justificou o systema que adoptara o mesmo codigo: "Cerramos las disposiciones sobre la prescripción con la declaración de que ella corre ó se interrumpe separadamente para cada uno de los párticipes de un hecho punible. Evitamos así una cuestión árdua á la jurisprudencia. La solución contraria, adoptada por el código italiano, no nos parece ajustada á los principios del derecho penal. La prescripción es una gracia que la sociedad hace al culpable, y no debe otorgarse sinó á aquellos que la han merecido por su conducta individual, no habiendo justicia ni lógica en que los beneficios de la prescripción concedida á un delincuente se hagan extensivos á los coparticipes que por su conducta no la hayan merecido (*Proyecto de codigo penal*, 1898, pag. 123)". O projecto de 1906 conservou o mesmo principio.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Varias legislações (como a francêsa e a nossa) não se referem expressamente á suspensão. Mas a força das cousas (como se exprime Villaret) leva a admittir essa excepção á continuidade da prescripção. Em França se ensina que todo obstaculo legal suspende a marcha da prescripção. Entende-se até que o mesmo resultado produz um simples impedimento de facto (como uma invasão estrangeira, uma inundação, etc.). Na Belgica, uma lei de 1878 determina a suspensão da prescripção quando haja uma questão prejudicial a ser decidida por tribunaes civis ou autoridades administrativas. [24]).

Dispositivos semelhantes se nos deparam na maioria dos codigos de outros povos (allemão, § 69; hollandês, art. 73; turco, § 107; italiano, art. 159; chinês (1935), art. 83, etc.) [25]).

Propugna-se modernamente a idéa de acabar com o instituto da interrupção da prescripção, substituindo-o pelo da suspensão, com amplitude maior do que a que actualmente tem. Nos projectos allemães, de certo tempo em diante, não apparece mais o primeiro. Deixa o segundo de comprehender unicamente as hypotheses previstas no § 69 do codigo em vigor. Enquanto corre o processo penal contra o autor, fica suspensa (*dormit, quiescit*) a prescripção. Assim dispõe, por exemplo, o

---

24) Os codigos que dispõem a respeito da suspensão exprimem de modos differentes as causas della. Alguns (cod. allemão, § 69; italiano, art. 158; polaco, 88, etc.) excluem *expressis verbis* do numero de taes causas a queixa, denuncia ou representação. Outros nada dizem a proposito.

25) Defeituosa era a redacção da segunda parte do art. 152 do projecto Sá Pereira. Ahi se dizia: "Se o inicio da acção depender duma sentença, a prescripção começará a correr do dia em que a mesma passar em julgado". A sub-commissão legislativa emendou: "Quando a acção criminal depender de sentença ou deligencia noutra causa ou juizo, a prescripção começará a correr do dia em que passar em julgado a primeira, ou a segunda fôr publicada em cartorio". Peior a emenda que o soneto.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

§ 81 do projecto de 1930. A suspensão, entretanto, tem prazo restricto: dois annos, no maximo, se a causa está em primeira instancia, e até quatro, se em segunda. Concedem esses projectos aos tribunaes a faculdade de prolongarem, quando o exijam as condições especiaes do caso, uma ou mais vezes, nunca, porém, por mais de metade da medida da pena, o prazo da prescripção. Isso só se dará mediante pedido (*Antrag*) do Ministerio Publico. A efficacia da suspensão, bem como da prorogação do prazo, é puramente pessoal.

Com o intuito de impedir que o prazo prescripcional, em consequencia de multiplas interrupções, se prolongue indefinidamente, varios codigos fixam um limite maximo a essa prorogação. O peruano — para citar um apenas — marca metade do prazo ordinario (art. 121).[26]).

As causas de interrupção ou suspensão, estabelecidas por uma nova lei, carecem de efficacia retroactiva.[27]).

---

26) Veja-se o italiano, art. 160, ult. alinea.

27) O Supremo Tribunal Federal, em accordam de 17 de setembro de 1930, que se encontra no *Annuario* Kelly desse anno, decidiu muito juridicamente: "A prescripção é um instituto de direito substantivo, subordinado ao principio em que assenta o art. 3.º do Codigo Penal — a lei penal não tem effeito retroactivo. Resulta dahi que não podem ser applicados os meios interruptivos della, creados por lei posterior ao delicto".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 80 — A prescripção da condemnação começa a correr do dia em que passar em julgado a sentença ou daquelle em que fôr interrompida, por qualquer modo, a execução já começada. Interrompe-se pela prisão do condemnado.

§ unico — Si o condemnado, em cumprimento da pena, evadir-se, a precripção começará a correr novamente do dia da evasão.

I. — Exerceu o direito francês, no desenvolvimento do instituto juridico da prescripção criminal, a mais larga e decisiva influencia. Foi elle que, no seculo XVII, o estendeu tambem ás condemnações, sob o fundamento de que destas resultava uma *actio judicati*, á qual se devia applicar a prescripção romana de 30 annos.[1]). O codigo penal de 1791 admittindo as duas especies de prescripção, estabeleceu para cada uma dellas prazos differentes, grandemente reduzidos. A acção criminal prescrevia em tres annos; a execução das penas, em vinte.

Os preceitos desse codigo passaram, com alterações de leve momento, para o de 1795 (3 brumario do anno V). Era este ultimo de natureza prevalentemente processual. Assim se explica que a materia da prescripção

---

1) Enganou-se Gonzales Roura ao affirmar que a prescripção das penas vinha dos codigos da Saxonia e Wuerttemberg (*Derecho penal* II, n. 194). Ambos esses codigos foram muito posteriores aos francêses. Confronte-se Geyer, *Grundriss*, § 63, 2 a.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

viesse a ser regulada, não no codigo penal de 1810, mas no de instrucção criminal de 1908. Esse systema foi seguido por outras legislações.

O direito commum germanico desconhecia a prescripção da execução da pena. Repelliram-na, quando lembrada, os escriptores.[2]). Sómente uma parte das legislações territoriaes da Allemanha acolheu esse instituto, ainda assim rodeando-o de restricções. Na Saxonia (cod. de 1838, art. 80), em Baden (cod. de 1845, § 193), na Thuringia (cod. de 1848, art. 76), etc., as penas de prisão por toda a vida e a de morte jamais prescreviam. O codigo de Hamburgo (1869) foi o unico que, acceitando a idéa da referida prescripção, a tornou dependente apenas do decurso do tempo. O codigo do Imperio consagrou as duas especies de prescripção. Encontramo-las em quasi todos os países. A Austria e a Inglaterra, bem como os cantões suissos de Grisões, Appenzell e Argovia, não conhecem a prescripção das penas.[3]).

Contra ella principalmente se dirigem os ataques dos adversarios desse instituto. Dizem elles que, quando a criminosidade do imputado já se acha solemnemente proclamada pelos juizes e a pena irrevogavelmente imposta, nenhuma influencia póde ter a acção do tempo. Que, attribuindo-se a este o poder de apagar a sentença condemnatoria e de premiar com a impunidade o criminoso, se offende a consciencia moral e juridica do povo, se

---

2) Schaffstein, *Die allg. Lehren vom Verbrchen in ihrem Entwicklung durch die Wissenschaft d. gem. Strafrechts*, pag. 210.

3) Accrescente-se o maltês. O do Japão só trata dessa especie de prescripção; a da acção é deixada ao codigo do processo criminal. O projecto nazista exclue, em principio, a prescripção da pena. Para a pequena criminalidade, admitte que a pena, passado certo tempo, se o condemnado se houver portado bem, se tenha como remittida.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

concorre para que cresça a coragem e a audacia dos condemnados, se desprestigia a justiça e se expõe a sociedade á grave perigo. [4]).

Para o insigne Binding, não ha como descobrir qualquer razão que imponha ou sirva de apoio á prescripção das penas. E' ella o producto de um movimento que tende a favorecer o delinquente á custa da autoridade do Estado. Deve ser simplesmente abandonada. [5]).

Os defensores dessa especie de prescripção respondem que, exceptuada a razão processual da difficuldade da prova, todas as outras que costumam ser adduzidas em prol da extincção da acção penal pelo decurso do tempo se applicam egualmente á da condemnação ou das penas. O direito do Estado á punição (*Strafanspruch*) — escreve um delles — não se modifica ou robustece pelo facto de haver sido o delicto demonstrado por uma sentença judicial com transito em julgado. O delinquente e as circumstancias do crime se transformam com o tempo — observa outro — tanto quando ha como quando não ha sentença condemnatoria. [6]).

Em nosso país, contrario á prescripção das penas foi o legislador de 1830. O art. 65 do codigo antigo dispunha: "As penas impostas aos réus não prescreverão em tempo algum". A prescripção da acção penal era regulada no codigo do processo e nas leis que o alteraram ou completaram. A imprescriptibilidade das penas não

---

4) Consulte-se Masucci, na *Enciclopedia* de Pessina, III, § 119.

5) *Handbuch*, pag. 828.

6) Quando se discutiu, perante o primeiro congresso de peritos, o projecto suisso, houve quem propuzesse a supressão da dualidade da prescripção. Cornaz, o autor da proposta, disse: "c'est vieux jeu que de conserver encore la prescription de la peine, avec un delai plus long". A maioria, porém, com ella não esteve de accordo.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

pareceu injusta ao commentador Thomaz Alves. Reprovou elle que não se houvesse, á imitação do codigo português, excluido dessa regra a pena ultima. [7]).

O primeiro governo republicano, por decreto de 20 de setembro de 1890, deu logar em nosso direito á prescripção das penas, fixando prazos maiores para o caso em que o réu estivesse ausente no estrangeiro. O art. 5.º, referente ao inicio dessa prescripção, foi *ipsis litteris* traslado para este codigo. E' o dispositivo que ora commentamos.

Figura elle duas hypotheses — a de estar e a de não estar em execução a sentença condemnatoria. Na primeira, a prescripção começa a correr do dia em que passar em julgado a sentença. Na segunda, daquelle em que fôr interrompida, por qualquer modo, a execução já começada. A prisão interrompe a prescripção. A evasão dá logar a uma *nova prescripção.*

Como veremos no artigo seguinte, tambem a reincidencia é outro motivo de interrupção da prescripção das penas.

Todas as legislações que dão acolhida á prescripção das penas fixam como dia inicial do respectivo prazo o em que a sentença adquire força de cousa julgada. E' esse o primeiro dia do prazo. Os projectos não se desviam desse rumo. [8]). O brasileiro (antes e depois da revisão), pouco coherentemente, tambem assim dispoz. Com o devido rigor logico, o codigo argentino, que serviu de paradigma ao art. 17 do mencionado projecto, mandou correr o prazo "desde la media noche del dia en que se notificara al reo la sentencia firme". A coherencia se nota tambem no codigo hollandês (arts. 71 e 77).

---

7) *Annotações,* I, 653.

8) O projecto checo-eslovaco não quiz palmilhar o mesmo caminho. Para elle, a sentença condemnatoria possue apenas efficacia interruptiva.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Constitue cousa julgada a sentença que, regularmente notificada á parte, não mais póde ser atacada por qualquer meio ordinario. Emquanto recorrivel, a sentença condemnatoria é apenas causa interruptiva da prescripção da acção.

Interrompe-se a prescripção da pena privativa da liberdade, o que só se póde verificar se o réu não a está cumprindo, quando é elle preso. Carece de revelancia o logar em que a prisão é effectuada — se no país ou, em virtude de pedido de extradicção, no estrangeiro. Mistér é que se verifique em consequencia e para cumprimento da sentença condemnatoria. Os codigos que, como os de Thurgovia, Vallais, Zurich e outros mais, indicam, como causa interruptiva da prescripção da pena, o respectivo cumprimento, bem podem dispensar qualquer referencia á captura do condemnado. Esta é o primeiro acto da execução.

A prescripção da pena pecuniaria (multa) está sujeita a ser interrompida? Na affirmativa, como e quando se dá a interrupção? Tem-se ensinado que vigoram a respeito os principios do direito civil. [9]). O codigo do cantão de Vallais entendeu que devia sanccionar essa

---

9) Na decisão citada pelo dr. Galdino Siqueira no n. 494 de seu excellente commentario se disse que a doutrina mais racional e corrente relativamente á interrupção da prescripção da multa era, sem duvida, a que a subordinava ás regras communs do direito civil. Ahi se consideraram como actos interruptivos dessa prescripção o arbitramento e o calculo para a commutação da pena em prisão e a intimação para o pagamento. Esses actos foram reputados como cumprimento da pena. A nosso ver, a propria penhora só interrompe a prescripção em relação aos bens penhorados. Veja-se, nesse sentido, Vidal, *Droit criminel*, pag. 745. Leia-se Magnol, *L'avant projet de revision*, pag. 89. E tambem v. Bar, no livro adiante citado, pag. 452.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

lição. Cumpre, porém, notar que ella só se explica com uma concepção civilistica da referida pena.[10]).

A evasão do sentenciado em cumprimento de pena privativa da liberdade dá logar a que se inicie *nova* prescripção. Assim dispõe a generalidade das legislações. Algumas tomam em consideração a parte já cumprida da pena. A genebrina, por exemplo, manda descontar 2/3 dessa parte. A norueguêsa determina: "...le délai est calculé d'après la fraction de peine non subie". O projecto brasileiro contém dispositivo especial acerca da evasão. E' o art. 144, assim redigido: "Do dia em que o condemnado se tiver evadido, nova prescripção começará a correr, regulado o seu prazo pelo tempo da pena restante".

Merecem approvação esses exemplos? E' assás dubitativo. Determinante para a fixação do prazo prescripcional é a pena imposta. Esta, por seu turno, tem como fundamento a gravidade do facto. A estas razões não attende a diminuição do tempo da prescripção pela circumstancia de já haver sido cumprida parte da pena.

Em diversas legislações, entre as circumstancias minorativas da pena, se inclue a de se haver escoado, depois da perpetração do delicto, a maior parte do prazo da prescripção. Aos praticos italianos (citadamente Tiraquellus), seguidos pelos escriptores do direito commum tudesco, deve ser attribuida a paternidade dessa attenuação. Elles, entretanto, não se satisfaziam com o simples decurso do tempo; exigiam mais que o prescribente houvesse tido bom procedimento. A idéa dessa attenuação tem modernamente quem a patrocine. Loening,

---

10) Stooss, *Grundzuege*, I, pag. 449. A applicação das normas do processo civil á execução da pena de multa dá motivo a não poucos reparos. Taes normas — previne com razão o monographista Rauh (*Die Vermoegensstrafen*, pag. 30) — só devem ser empregadas quando e emquanto não contrariem o caracter penal da multa.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

que é desse numero, opina pela obrigatoriedade da diminiução da pena, quando se verificar um *lapsus dimidii temporis.* [11]). v. Bar, que o acompanha, entende que a diminuição deve ser sempre facultativa. Este, no dispositivo que recommenda, estabelece como condição o bom comportamento do delinquente, durante o tempo decorrido. [12]).

O autor do projecto brasileiro manda diminuir a pena, quando "o prazo da prescripção estiver prestes a expirar e durante o seu curso tiver mantido o criminoso bom comportamento". A phrase "prestes a expirar" tem o defeito da imprecisão. Muito lucraria o dispositivo, sob o ponto de vista teorico e pratico, se fixasse em "metade" ou "na maior parte" o tempo necessario para attenuação.

O decurso de determinada parte do prazo prescripcional é motivo minorativo da pena a ser imposta. Vão além os criminalistas citados: estendem esse effeito ás penas já com transito em julgado. [13]).

Não prevê o nosso codigo a hypothese de ser a pena (privativa da liberdade) imposta durante o cumprimento de outra (da mesma especie). Fá-lo o projecto Sá Pereira, dizendo que "a prescripção começará a correr do dia em que a segunda pena dever ser cumprida". Fica esta, pois, suspensa. [14]).

---

11) *Vergleichende Darstellung*, A. T., I, 470.

12) *Gesetz und Schuld*, III, pag. 453.

13) O codigo belga manda computar, em certos casos, a parte da pena cumprida antes da evasão no prazo da nova prescripção (art. 95).

14) Prevê o codigo norueguês a hypothese de se achar o réu em cumprimento de sentença no estrangeiro; e declara que, quando isso acontecer, não correrá a prescripção.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 81 — A prescripção da acção e da condemnação interrompe-se pela reincidencia.

I. — A reincidencia, cujo acanhadissimo conceito, no systema de nosso codigo, já tivemos occasião de apreciar, quando commentamos o art. 40, é um dos motivos que o legislador patrio indicou como interruptivos da acção e da condemnação, em materia criminal. Mais exactamente: foi o unico que elle considerou como capaz de interromper a prescripção tanto da primeira como da segunda.

A dupla efficacia attribuida á reincidencia não pareceu ao autor do projecto brasileiro e á sub-commissão legislativa, que o reviu, merecedora de ser continuada. O projecto só reconhece a reincidencia, como causa interruptiva da prescripção no caso desta referir-se á pena (art. 143, III).

Nem todos os criminalistas estão de accordo em reputar a pratica de novo crime, durante o decurso da prescripção, como circumstancia que deva interrompê-la. Os que combatem essa causa interruptiva da prescripção allegam que ella tem como fundamento a presumpção de emenda do culpado; mas que semelhante presumpção é desmentida pela perpetração do novo delicto. Observam, completando o argumento, que essa emenda não constitue verdadeiramente a razão de ser do instituto da prescripção criminal.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Quando se discutiu, perante a segunda commissão de peritos, o projecto suisso, disse o professor Gautier, referindo-se especialmente á prescripção da pena, que diversos codigos cantonaes de seu país a consideravam interrompida com a pratica de novo crime, mas que isso não lhe parecia recommendavel, pois, logicamente, a execução da pena só devia ser interrompida por causa que com ella estivesse em relação. [1]).

A questão já havia sido antes, na elaboração do codigo italiano, hoje revogado, objecto de longas disputas, acabando por sahir triumphante a opinião favoravel ao reconhecimento dessa causa interruptiva da prescripção.

Sustentando-a, escreveu illustre criminalista italiano: "Il ricordo svanito o affievolito dell'antico delitto si ridesta o si rinvigorisce (com o novo) così nei buoni come nei tristi, ed il bisogno dell'espiazione dell'antica pena risorge, perchè risorge con questo ricordo la necessità di un pubblico esempio che rincori gli onesti e intimidisca i malvagi". [2]).

O codigo fascista deu á prescripção da pena physionomia diversa da anterior: considerou-a propriamente como decadencia. Elle exclue a extincção das penas, quando o condemnado, durante o periodo em que a pena devia extinguir-se, soffre condemnação á reclusão por delicto da mesma indole (art. 172, ult. al.). O projecto de 1927, muito mais rigoroso, mandava revogar a sentença declaratoria da extincção, se o condemnado, no termo de cinco annos, incorria em crime, não culposo, punido com reclusão por tempo não inferior a tres annos ou com outra pena mais grave.

---

1) *Verhandlungen der zw. Expertenkommission*, I, pag. 411.

2) Masucci, na *Enciclopedia* de Pessina, III, pag. 421.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O novo nome com que foi baptisado o instituto da prescripção da pena, assim como a analogia com a decadencia, que o legislador italiano descobriu, não obtiveram a approvação de escriptores da maior autoridade scientifica. Dentre elles destacaremos Maggiore. [3]).

Se percorrermos as legislações, com o intento de verificar como ellas solucionaram o assumpto, encontraremos entre ellas a maior diversidade. Algumas (como a allemã, a hollandêsa, a polaca, a argentina, etc.) não fazem da reincidencia motivo de interrupção da prescripção. Outras se collocam em ponto de vista antagonico. Para ellas, a pratica de novo delicto durante o transcurso da prescripção a interrompe. Não ha, porém, accordo entre ellas relativamente á natureza ou qualificação desse delicto. Exige a de Zuerich que este seja da mesma specie. [4]). Outras fallam, de modo vago, em outro delicto. O projecto brasileiro declara, simplesmente, que a prescripção da pena se interrompe pela perpetração de novo

---

3) *Principi di dir. penale,* I, Pag. 637: "Il mutamento di nome non ci sembra dogmaticamente tra i più felici, poichè anche la prescrizione del reato è un'estinzione per decorso del tempo. Nè ci sembra meglio fondata l'analogia che si fa fra prescrizione della pena e decadenza".

4) Em "reato della stessa indole" fallava o codigo napolitano de 1819. A phrase foi reproduzida no italiano de 89 (art. 96, ult. al.). O antigo codigo argentino dispunha, no art. 92, que a prescripção (tanto da acção como da condemnação) ficava sem effeito, se, antes de vencido o lapso de tempo, commettia o réu "otro delito de la misma especie, ó que meresca igual ó mayor pena". Rivarola taxou de injusta esta disposição, mostrando preferencia pela do codigo espanhol (art. 134). No projecto elaborado por esse criminalista, juntamente com Matienzo e Norberto Piñero, estava assim redigido o correspondente dispositivo: "Si antes de vencido el termino, comete el reo otro delito, de *cualquier naturaleza,* la prescrición de la acción penal ó de la pena queda sin efecto". A reforma de 1903 ouviu a suggestão. O codigo vigente supprimiu a reincidencia como causa interruptiva da prescripção.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

crime. Pouco importa, conseguintemente, que este seja de natureza politica, culposo ou de somenos gravidade.[5]. Esse mesmo projecto, em se tratando de criminosos por indole, reincidentes, incorrigiveis ou profissionaes, quer que o prescribente prove haver mantido bom comportamento durante todo o curso da prescripção (art. 138, par. un.).

Um terceiro grupo de legislações admitte a efficacia interruptiva do novo delicto, mas condicionalmente. A norueguêsa — é uma dellas — só o faz, se esse delicto é punido com pena privativa da liberdade excedente de dois annos e a anterior condemnação ultrapassa de seis meses de prisão qualificada (§ 74).

Em outro ponto divergem ainda as legislações: é no referente ao logar da nova transgressão delictuosa. Umas são mudas. Outras mencionam tambem o delicto praticado no estrangeiro.[6].

Deste succinto resumo só uma conclusão se póde com segurança tirar — a de que a efficacia interruptiva da

---

5) O actual codigo do Uruguay exceptúa os delictos politicos, os culposos e as faltas. A exposição de motivos diz que os primeiros "solo denuncian una peligrosidad geografica" e os dois ultimos "solo revelan una peligrosidad embrionaria e mitigada".

6) Na exposição de motivos do codigo norueguês, se disse, com razão: "Para que o dispositivo seja efficiente, deve-se attribuir ás sentenças estrangeiras o mesmo valor que ás nacionaes." No dominio do codigo Zanardelli, que silenciava a respeito (ao inverso do sardo), opinavam os interpretes no sentido da equiparação. Argumentavam elles que ao interprete não era licito distinguir onde a lei não o fazia. Que a distincção, arbitraria, não correspondia ao pensamento do legislador. Bem fracas as razões. Onde a lei não declara, *apertis verbis*, que as sentenças alienigenas têm, em materia de interrupção da prescripção, o mesmo effeito que as nacionaes, não póde o interprete supprir a lacuna ou completar o supposto pensamento do legislador.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

reincidencia se acha regulada mui desencontradamente nos varios codigos penaes do mundo culto.

A maneira como ella foi tratada em nosso codigo (tambem no projecto) é assás imperfeita.[7]).

---

7) Entre as legislações que reputam a pratica de novo delicto como causa interruptiva da prescripção merece lembrada a austriaca. Ella reproduz ainda a doutrina do direito commum. Requisitos da prescripção, além do já indicado, são: *a*) que o delinquente não conserve qualquer proveito do crime; *b*) que tenha feito o possivel para repara-lo; e *c*) que não haja fugido para o estrangeiro. O codigo português de 1852 não deixava que a prescripção corresse, emquanto o criminoso retivesse qualquer objecto por effeito do crime. O actual expressamente revogou essa disposição, que deu logar a duvidas, além de ser incongruente e injusta. Interessante é a prohibição de residencia que esse codigo estabelece: "O individuo a quem tiver aproveitado a prescripção da pena não pode residir na comarca em que residir o offendido, ou, se este já não existe, seu conjuge sobrevivo, ascendentes ou descendentes, emquanto não passar depois da prescripção tanto tempo como o fixado na lei para essa prescripção". Com toda procedencia, censura Abel do Valle (*Annotações*, pag. 438) semelhante disposição. Ella teve a sua fonte no direito francês (Cod. de inst. crim., art. 635, al. 2).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 82 — A prescripção, embora não allegada, deve ser pronunciada ex officio.

I. — A prescripção criminal, ao contrario da civil, é de ordem publica, pois obedece á razões de interesse collectivo. Dahi decorre que ella opéra independentemente da vontade das partes. Não póde o delinquente renunciá-la. [1]). Devem os tribunaes decretá-la *ex officio.* Para isso, precisam elles, não poucas vezes, entrar na apreciação do merito da causa, não para absolverem ou condemnarem, mas para tornarem applicavel ou não a prescripção. [2]).

Consequencia logica e natural do caracter da prescripção, em materia crime, podia o preceito do artigo supra ser omittido, sem que fizesse falta. O codigo italiano de 89 dispunha, no art. 99: "La prescrizione dell'azione penale e della condanna è applicata d'uffizio, nè l'imputato o il condannato vi può rinunziare". O actual se absteve, acertadamente, de repetí-lo. Mas indubitavelmente vale tambem agora. [3]).

A prescripção póde ser decretada em qualquer phase do processo, em primeira ou segunda instancia.

---

1) Entendeu o legislador peruano que isso precisava ficar expresso. O art. 120 do codigo penal declara: "La prescripción es irrenunciable".

2) Florian, *Trattato,* part. ger., II, n. 949; Binding, *Grundriss,* pag. 227.

3) Florian, *ob. cit., eod. loc.*

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 83 — A acção criminal e a condemnação, nos crimes a que a lei inflingir exclusivamente pena pecuniaria, prescreverão em um anno, a contar da data do crime ou da condemnação.

I. — Estabelece o artigo supra o prazo de prescripção da pena pecuniaria, quando imposta exclusivamente, assim como a época em que ella começa a correr. A palavra "crimes" ahi está empregada em accepção ampla, abrange as contravenções. O prazo é de um anno. E se inicia na data do crime ou da condemnação. A expressão "data do crime" é equivalente á "do dia em que o crime foi commettido" que se lê no art. 79. Qual a data da condemnação? A em que esta fôr proferida ou a em que a sentença passar em julgado? Deve o artigo com que nos occupamos ser interpretado de harmonia com o disposto no art. 80. A sentença condemnatoria recorrivel apenas interrompe a prescripção da acção.

Poz-se em questão se, nos crimes a que allude o artigo que commentamos, a prescripção da acção se interrompia pela pronuncia. A jurisprudencia titubeou, [1]), mas, a nosso ver, sem razão plausivel. A prescripção da acção penal interrompe-se pela pronuncia. Assim dispõe, com

---

1) O Tribunal de Justiça de S. Paulo, em acc. de 26 de novembro de 1928, decidiu pena negativa (*Rev. dos Tribunaes*, LXIX, p. 52). Posteriormente, na appellação-crime n. 18.490, da comarca da Capital, pronunciou-se pela affirmativa.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

clareza meridiana, o art. 79, reproduzido e completado pelo dec. n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923 (art. 37). Nenhuma distincção ahi se faz entre pena privativa da liberdade e pecuniaria. Por uma regra inconcussa de hermeneutica — *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* Logicamente, pela *ratio legis,* não ha como justificar uma distincção. A pronuncia reaviva a lembrança do crime. Prolonga o abalo, o damno moral, por elle produzido. É esse o motivo da sua efficacia interruptiva da prescripção. Tal motivo existe, qualquer que seja a natureza da pena — privativa da liberdade ou pecuniaria.

Tambem pela reincidencia se interrompe a prescripção (de uma e outra especie) da pena pecuniaria.

A prescripção da pena de multa obedece nas legislações a criterios differentes. Algumas adoptam o do valor da referida pena. O prazo é maior ou menor conforme esse valor. Um exemplo é sufficiente. Segundo o codigo allemão, a multa de mais de seis mil marcos prescreve em dez annos; a de cento e cincoenta marcos até esssa quantia, em cinco; e a de cento e cincoenta marcos ou menos, em dois (§ 70). Outro criterio, que não se percebe bem qual seja, é o seguido pelos codigos que, como o espanhol e o peruano, por exemplo, fixam uma duração invariavel. Ella é, nesses codigos, de cinco annos.

Entre os dois systemas, preferivel se nos afigura o primeiro. Encontramo-lo no projecto brasileiro (art. 139).

Sobre a interrupção da prescripção, no caso de pena pecuniaria, já tivemos occasião de nos manifestar. O mencionado projecto é nesse ponto deficiente.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 84 — A condemnação a mais de uma pena prescreve no prazo estabelecido para a mais grave.

§ unico — A mesma regra se observará com relação á prescripção da acção.

I. — Allude a primeira parte do artigo supra ao caso em que, para uma mesma figura criminosa, commina a lei diversas penas. Numerosas vezes encontramos nos codigos as chamadas penas complexas, isto é, que se formam de diversas penas. Exemplo typico se nos depara no art. 232 do nosso. Ahi se pune o facto incriminado com prisão cellular por um a seis meses, perda do emprego e multa de 5 a 20% da propriedade, effeitos adquiridos ou interesse que o agente auferir da negociação.

Lembramos mui de fito feito esse dispositivo, porque elle deu logar a embaraçosa questão, decidida pela Relação de Minas Geraes, contra o voto de um dos seus mais conspicuos membros. Decidiu esse tribunal que a prescripção do crime definido no citado dispositivo se verificava em um anno, devendo-se tomar como base a pena privativa da liberdade. O voto discordante sustentou que não se applicavam á especie em julgamento os preceitos dos arts. 78 a 85 do codigo penal, pois elles só tinham em vista as penas de prisão e pecuniarias. Que a prescripção da perda do emprego devia obedecer á legislação anterior, desde que o codigo com ella não se occupara. Que a ordem

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

em que as penas appareciam no art. 43 não indicava a maior ou menor gravidade dellas. Que assim não se podia affirmar a maior gravidade da pena de prisão cellular, para se applicar a norma do art. 84. [1]).

O dec. n.º 4.780, de 27 de dezembro de 1923, complanando a lacuna do codigo, estabeleceu os prazos em que prescreveriam as penas de interdicção, suspensão e perda do emprego. O prazo ficou sendo, para a primeira e a ultima, de dez annos, para a segunda, de cinco.

Sem embargo disso, parece-nos que o aresto da Relação mineira decidiu com rigorosa observancia da lei. O art. 84 do codigo diz que a condemnação a mais de uma pena prescreve *no prazo estabelecido para a mais grave.* Ora, se em regra á pena mais grave corresponde maior prazo de prescripção, isso nem sempre acontece. Na hypothese do art. 232, a pena mais grave é indubitavelmente a de prisão cellular. Depois da propria existencia, é a liberdade o bem supremo do individuo. A privação do exercicio do emprego toca principalmente ao patrimonio. O prazo de um anno, embora menor do que o de dez, deve prevalecer, se se quizer respeitar o texto legal. Quando a perda do emprego seja pena unica (como no caso do art. 8.º da lei de segurança) ou principal, a prescripção se realisará no tempo marcado pelo decreto 4.780.

Não se refere o artigo á hypothese de concorrencia, ideal ou material, de crimes. Na ideal, a pena é uma unica; no real, ha uma pluralidade de penas, mas a cada crime corresponde uma dellas.

A acção que tem por objecto um crime punido com pena complexa prescreverá de accordo com a regra da primeira parte do artigo. Assim se deve entender o paragrapho que lhe foi addicionado.

---

1) *Revista de jurisprudencia,* anno VI, n. LV, pag. 61.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

II. — Em geral os codigos não consignam disposição especial acerca da prescripção das penas complexas. O espanhol constitue uma das excepções. Segundo seu art. 116, quando a pena fôr composta, se attenderá, para a prescripção, á pena maior. O italiano, se ao crime é comminada a pena de detenção, reclusão ou arresto e, cumulativamente ou alternativamente, a de multa, sujeita a prescripção ao prazo fixado para a pena privativa da liberdade. O allemão prevê a hypothese de ser um mesmo crime punido com multa e prisão. A primeira não prescreve antes do cumprimento desta. Frank exemplifica: sendo a prisão prescriptivel em cinco annos e a de multa em dois, fica esta suspensa nos tres primeiros annos. [2]).

O projecto brasileiro, tratando da prescripção da detenção (arts. 140 e 141), dispõe que, com a pena mais grave, prescrevem as mais leves. Pelo seu caracter generico, o dispositivo se acha mal collocado. A regra devia ser a absorpção dos prazos mais breves pelos mais longos.

---

2) *Strafgsetzbuch*, § 71. Os escriptores não interpretam uniformemente esse §. Nos projectos de reforma foi elle modificado, de modo a regular a prescripção a pena de prazo mais longo. Assim diz o ultimo delles (o de 1930) que a exiquibilidade (*Vollstreckbarkeit*) de uma das duas penas (prisão e multa) não se extinguirá antes da da outra (§ 83, ult. al.).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 85 — Prescrevem:

Em um anno, a condemnação que impuzer pena restrictiva da liberdade por tempo não excedente de seis meses;

Em quatro annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de dois annos;

Em oito annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de quatro annos;

Em doze annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de oito annos;

Em dezeseis annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo de doze annos;

Em vinte annos, a condemnação que impuzer pena de igual natureza por tempo excedente de doze annos.

I. — Assim rezava o texto primitivo do codigo. A sua imperfeição deu ensejo á numerosas duvidas. A prescripção da pena privativa da liberdade de mais de seis meses e menos de dois annos foi objecto de julgados contradictorios. Em alguns se decidiu que o prazo era de um anno, em outros, que de quatro. Muitas outras questões surgiram na vigencia do artigo que commentamos. Só em 1923, pelo dec. 4.780, de 27 de dezembro, soffreu

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

elle a necessaria transformação. O art. 33 desse diploma assim se exprime:

"A prescripção de que trata o art. 85 do Codigo Penal realizar-se-á:

a) em um anno, quando a condemnação impuzer pena restrictiva da liberdade por tempo não excedente de seis meses;

b) em dois annos, quando a condenmação impuzer pena de igual natureza por mais de seis meses e menos de um anno;

c) em quatro annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza por um anno até dois annos;

d) em seis annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza por mais de dois annos até tres annos;

e) em oito annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza por mais de tres annos até quatro annos;

f) em dez annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza por mais de quatro annos até oito annos;

g) em doze annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza por mais de oito annos até dez annos;

h) em dezeseis annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza por mais de dez annos até doze annos;

i) em vinte annos, quando a condemnação impuzer pena de igual natureza por tempo excedente de doze annos".

Fixou esse decreto em dez annos a prescripção das penas de interdicção (art. 43, let. *f* e art. 55 do codigo)

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

e perda do emprego; e, em cinco, a de suspensão deste.[1]). E determinou que esses prazos só começariam a correr após o cumprimento da pena privativa da liberdade.

A fixação do tempo necessario á prescripção — tempo que não póde ser o mesmo para todos os casos — varia bastante nas legislações. Estas tomam como base a gravidade dos delictos, que se reflecte na natureza e graus das penas; mas constroem os seus systemas *ad libitum*, sem obediencia a principios racionaes.[2]). O arbitrio se mantém, entretanto, dentro de certos limites. Os prazos mais longos da prescripção da acção oscillam entre 10 e 30 annos, sendo que o de 20 é o mais commum. Na prescripção da pena, o prazo maximo é usualmente de 30 annos. Isso em materia de crimes ou delictos. As contravenções precrevem naturalmente em periodos mais curtos. No direito francês, a acção por contravenção prescreve em um anno; a pena, em dois. No italiano, as contravenções punidas com arresto prescrevem (quanto á acção) em 3 annos; as reprimidas com multa (*ammenda*), em 18 mezes. Ambas essas penas se extinguem em cinco annos, prazo que é do dobro relativamente a certas classes de delinquentes. No allemão, a acção penal por contravenção prescreve em tres meses. A condemnação a arresto ou multa até 150 marcos em dois annos. Prazo extremamente exiguo fixa, por exemplo, o codigo do Uruguay: verifica-se em dois meses a prescripção das "faltas". Em caso de condemnação, soffre esse prazo o accrescimo de 1/3. No projecto brasileiro, em materia de contravenções, prescreve em seis meses a acção criminal e em um anno a pena.

---

1) Pelo art. 42 do dec. n. 24.507, de 24 de junho de 1934, é de cinco annos a prescripção da acção civil ou criminal ou da condemnação nos casos de concorrencia desleal.

2) Loening, *Vergleichende Darstellung*, A. T., pag. 453; Lourié, *Die Kriminalverjaehrung*, pag. 154.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Dos diversos methodos empregados na fixação dos prazos de prescripção, o mais simples é, por sem duvida, o que consiste em aumentar em certa proporção a duração da pena comminada ou imposta. Delle se serve o projecto brasileiro, quando, no art. 140, assim dispõe: "A pena de detenção prescreverá pelo tempo por que tiver sido imposta, aumentado de metade". Relativamente á pena de prisão, entretanto, não quiz adoptá-lo. Preferiu organizar uma escala puramente arbitraria. Segundo a disposição do art. 138, prescrevem em igual periodo de tempo — 25 annos — a prisão que se abeire dos 30 annos e a que mal exceda dos 10. Não ha proporcionalidade alguma.

De modo assás complicado é regulada no projecto a prescripção da acção.

O dec. n. 4.780, depois de indicar os prazos de prescripção das penas, accrescentou (art. 35): "As disposições dos artigos precedentes são applicaveis de accordo com o que estabelece o art. 78 do Codigo Penal á prescripção da acção penal, regulando-se esta pelo maximo da pena abstractamente comminada na lei, ou pela que fôr pedida no libello, ou, finalmente, pela que fôr imposta em sentença de que somente o réu houver recorrido".

Teve-se em mira, com esse dispositivo, acabar com a controversia a respeito de ser a pena em abstracto ou em concreto que determinaria a duração do prazo prescripcional. Os tribunaes nutavam entre uma e outra solução.

Se attendermos ás razões que servem de fundamento ao instituto da prescripção criminal, teremos de convir em que com ellas mais se harmoniza a opinião que manda fazer *in concreto*, tomando-se em consideração todas as circumstancias objectivas e subjectivas do crime, a determinação dos prazos. Isso relativamente á prescripção da acção. Quanto á da condemnação, existindo já uma

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

pena irrevogavelmente imposta, deve esta, sem qualquer duvida, servir de medida á duração do tempo necessario á prescripção.

O criterio da pena concreta offerece, entretanto, graves inconvenientes. Entre elles avulta o de que não dispensa, pelo menos na grande maioria dos casos, um processo prévio, por meio do qual se possa verificar o gráu de punibilidade do facto.[3]). Este e outros motivos têm induzido as legislações dos povos cultos a dar preferencia ao contrario, ao da pena em abstracto. Em posição excepcional se achava o codigo italiano de 89; mas o actual a abandonou, ouvindo as acres e repetidas censuras irrogadas ao systema anterior.[4]).

Parecendo, á primeira vista, muito simples, o principio de que o prazo da prescripção da acção criminal deve ser fixado de accordo com a pena *in thesi* (a pena "edittale", como se exprimem os italianos) dá logar, na pratica, a não pequenas difficuldades. Indaga-se, por exemplo, se devem ser tomadas em conta as circumstancias objectivas ou subjectivas, que, diminuindo a gravidade da infracção, rebaixem as penas.

Em França, onde a questão tem sido grandemente ventilada, separam-se os escriptores em tres grupos. O primeiro distingue entre causas legaes (*excuses légales atténuantes*) e causas judiciaes (*circonstances atténuantes*) da transformação da pena. Unicamente aquellas reputa attendiveis na fixação da medida do prazo prescripcional.[5]). O segundo nega qualquer valor a essa distincção e sustenta que só o facto, em sua criminalidade objectiva, como se apresenta *prima facie*, é que deve

---

3) v. Bar, *Gesetz und Schuld*, III, pag. 436.

4) Esse systema tornava a prescripção dependente do arbitrio do juiz e difficilmente podia ter applicação no periodo instructorio. Florian o qualificou de "alquanto empirico e aleatorio".

5) Garraud, *Précis de droit crim.*, n.os 242 e 403.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

servir de criterio á determinação do prazo.[6]. O terceiro, commungando na repulsa da distincção, chega a resultado diametralmente opposto. Para elle as circumstancias, tanto da primeira como da segunda especie, alteram a natureza do facto: é a pena cabivel, consoante a nova caracterisação, que deve ser adoptada como criterio para a fixação do prazo.[7]).

Na Allemanha, tambem o assumpto é debatido. Na opinião mais propagada, as circumstancias attenuantes carecem de qualquer influxo.[8]). Ao inverso, as aggravantes, taes como a habitualidade, a profissionalidade e a reincidencia, e as minorativas, como a edade;[8-a]); a execução incompleta do delicto (tentativa) e a comparticipação secundaria (cumplicidade) devem ser tomadas em consideração.[8-b]).

Na Italia, a doutrina corrente se encontra muito bem synthetisada no seguinte trecho do magnifico livro de Maggiore: "Per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo al massimo della pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato, tenuto conto dell'aumento massimo di pena stabilito per le circonstanze aggravanti e della diminuzione minima stabilita per le circonstanze attenuanti".[9]).

Esta breve digressão pelo dominio da legislação comparada mostra que o assumpto está longe de ser pacifico.

---

6) Vidal, *Cours de droit crim.*, n. 73.

7) Faustin-Hélie, *Traité d'instruction criminelle*, II, n. 1.057; Haus, *Principes*, II, ns. 1.330 a 1.331.

8) Contra: Berner, *Lehrbuch*, 320; Schuetz, 209, 3; v. Schwarze, *Kommentar*, n. 3.

8-a) Contra: Frank, *Das Strafgesetzbuch*, § 67, I, 2; Schwartz, *idem*, § 67, 1.

8-b) v. Liszt-Schmidt, *Lehrbuch*, § 77, I, 3.

9) *Principi*, I, 627.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Em nosso país, antes do dec. n. 4.780, divergiam as opiniões, havendo quem sustentasse a determinação *in concreto.* [10]). Depois desse diploma, toda a discussão a respeito se tornou ociosa e impertinente. A acção penal se regula — dí-lo o art. 35 — pelo maximo da pena abstractamente comminada na lei. Infelizmente, não se contentou o legislador em assentar esse principio verdadeiro; entendeu que devia completá-lo com o accrescimo — "ou pela que fôr pedida no libello, [11]), ou, finalmente, pela que fôr imposta em sentença de que sómente o réu houver recorrido". Dest'arte, havendo libello accusatorio ou sentença condemnatoria, embora dependente de recurso interposto pelo réu, o prazo se fixa *in concreto.* É manifesta a incongruencia. Na pratica esse accrescimo só tem servido para occasionar embaraços. [12]). No projecto Sá Pereira foi seguido, como devia ser, o criterio da pena *in abstracto.* De lamentar é que a linguagem não prime por maior perspicuidade. Nenhuma referencia nelle se faz ao libello ou á condemnação, o que só merece louvores.

---

10) Confira-se Galdino Siqueira, *Dir. pen. bras.*, I, pag. 685.

11) Não podendo o libello afastar-se da pronuncia, não a elle, mas a esta, devia o decreto referir-se.

12) Aventou-se, perante o Tribunal de Appellação de São Paulo, a seguinte hypothese, com razão qualificada de interessante: um individuo, denunciado e pronunciado como incurso nos arts. 1 e 4 do dec. n. 22.796, de 1933 (adulteração e venda de leite corrompido), foi afinal condemnado apenas a seis meses de prisão. visto que ao juiz não pareceu sufficientemente provada a autoria da primeira dessas infracções. Pediu o réu ao juiz que declarasse prescripta a acção, pois entre a perpetração do delicto e a pronuncia havia decorrido mais de um anno. Como o pedido não fosse attendido, impetrou o peticionario *habeas-corpus.* Conhecendo desse recurso, após brilhante discussão, o Tribunal denegou a medida. Disse o voto que veio a predominar na decisão que, com a pronuncia, se extinguira o prazo até então decorrido, começando um outro, não sendo possivel attribuir ao prazo extincto effeitos legaes. E accrescentou: "segundo o ultimo criterio adoptado na jurisprudencia, até a pronuncia, o prazo prescripcional é fixado pela pena em abstracto. Depois da pronuncia até o libello, conti-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O dec. n. 22.494, de 24 de fevereiro de 1933, reduziu á metade os prazos de prescripção penal (da acção e da condemnação) para os menores delinquentes de mais de 18 e menos de 21 annos, na data da perpetração do crime ou contravenção. Como uma das razões justificativas da innovação, se invocou o exemplo dos codigos do Perú e da Espanha e do ante-projecto suisso. Com o intuito de evitar qualquer duvida, dispoz o decreto que as regras do codigo e do dec. n. 4.780, attinentes ás duas modalidades da prescripção, se applicavam ao caso.

Em algumas legislações, não só antigas mas tambem de época recente, se nos deparam crimes em relação aos quaes não se admitte a prescripção. A Italia da actualidade considera imprescriptiveis os crimes punidos com

---

núa a prevalecer a pena em abstracto. Depois do libello, o prazo da prescripção é determinado pela pena neste pedida, e depois da sentença condemnatoria recorrivel tambem a pena nella comminada fixa o prazo prescripcional. Esse prazo se *começa a contar da data da pronuncia, retroagindo até essa data os effeitos da sentença condemnatoria.* Mas só se toma em consideração o prazo anterior á pronuncia, quando entre a data da pronuncia e o delicto o decurso de tempo foi sufficiente para determinar a prescripção da acção, baseada na pena comminada em abstracto".

A sentença condemnatoria recorrivel retroage até á época da pronuncia; não vae além — insistiu o referido voto — porque o lapso de tempo anterior deixou de existir, perdeu toda efficacia, em consequencia da interrupção produzida pela mesma pronuncia.

Esta foi, em *substractum*, a argumentação do voto vencedor.

Rebatendo-a, ponderou um dos illustres membros dessa douta corporação: "Não ha duvida que a pronuncia interrompe a prescripção. Mas interrompe a prescripção em curso. Não, porém, a prescripção já consummada e, portanto, já conquistada pelo delinquente. Esta é um direito adquirido, imperecivel, que jamais caducará. Invocar-se, neste caso de prescripção já consummada, a pronuncia *a posteriori*, como factor elidente, prejudicial á prescripção da acção, é confundir, irreflectidamente, interrupção com caducidade, com perecimento, com decadencia, com extincção. E', em summa, admittir, paradoxalmente, prescripção de prescripção. E mais: "Em summa, já tendo havido, por qualquer forma, a concretização da pena, por esta é que se regula o prazo prescripcional, quer se trate de prescripção da condemnação, quer de pres-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

as penas de morte ou de ergastulo. Inspirou-se tamanho rigorismo na idéa de que os factos castigados com tão severas penas deixam na consciencia publica indelevel recordação. Que o alarme por elles produzido perdura indefinidamente. Que a necessidade da repressão se faz sentir imperecivelmente.

Não ha como encobrir o exagero dessas asserções. A acção aniquiladora do tempo nada respeita. Crimes horrendos, escandalosamente explorados pela imprensa diaria, são facilmente esquecidos. Delles fica apenas, no fim de algum tempo, uma lembrança vaga. Punir um crime vinte ou trinta annos depois de sua perpetração

---

cripção da acção. Isto é expresso no art. 35 do dec. n. 4.780, innovador, neste particular, do art. 75 do Codigo Penal".

Estes argumentos não abalaram a maioria. A decisão foi proferida em janeiro de 1936 (*Revista dos Tribunaes*, CVIII, pag. 49 e segs.). Anteriormente, já o mesmo Tribunal se havia occupado, mais de uma vez, com a exegése do mencionado art. 35. Em accordam de 22 de outubro de 1931 o applicara elle, no sentido de que a pena imposta na sentença de que sómente o réu houvesse recorrido regulava a prescripção da acção penal, mas que o prazo necessario para tal prescripção começava a correr novamente da data da mesma sentença. Que o tempo decorrido antes da pronuncia não era computado. E que a fixação da pena na sentença não retroagia (*Revista cit.*, LXXX, pag. 136). Em 28 de março do anno seguinte se pronunciava o mesmo Tribunal em identico sentido (*Revista cit.*, v. LXXXVII, pag. 280). Essas decisões tinham em seu arrimo um aresto do Supremo Tribunal Federal, de 19 de setembro de 1930, cuja doutrina incorrera na critica percuciente de Melchiades Picanço (*Rev. de Critica Judiciaria*, XII, pag. 421). A efficacia retroactiva da sentença condemnatoria, de modo a ser por ella calculada a prescripção anterior á pronuncia, havia sido admittida, esporadicamente (Acc. do Sup. Trib. de Justiça do Rio Grande do Sul, na *Justiça*, vol. II, pag. 271).

Qual o verdadeiro sentido do alludido art. 35 do dec. n. 4.780? Esse dispositivo é realmente nebuloso. Elle não diz quando vigora o criterio da pena *in abstracto* e quando o da pena *in concreto*. São arbitrarias as decisões que delimitam a efficacia de cada um desses criterios. Por um elementar principio de hermeneutica, deve-se preferir a interpretação mais benigna. Nesse sentido o accordam da Côrte Suprema, de 24 de maio de 1935 (*Revista dos Tribunaes*, XCVIII, pag. 582). Veja-se Piragibe, *Diccionario de jurisprudencia penal*, 2.º supplemento, p. 766.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

será sempre, aos olhos do povo, mais um acto de vingança do que de justiça. Procedem com sabedoria as legislações — e são a maioria dellas — que não excluem da prescripção uma ou mais categorias de crimes. [13]).

No direito patrio não prescrevem em tempo algum os crimes definidos nos arts. 107 a 118 do codigo penal, assim como o de moéda falsa, em favor do réu domiciliado ou homiziado em país estrangeiro. São excepções para as quaes não ha justificação que convença.

---

13) Veja-se a respeito v. Bar, *ob. cit.*, pag. 441. O direito austriaco não admitte a prescripção no caso de crime punido com pena capital; mas, se a sentença é proferida após 20 annos da perpetração do crime, essa pena é substituida pela de reclusão não inferior a 10 annos (Finger, *Oesterr. Strafrecht*, I, 313). Codigos que ainda conservam a pena ultima, como os da Allemanha, Polonia, China, fixam em 20 annos o prazo prescripcional dessa pena. Em nosso país, introduzido tão deshumano meio de castigo, emquanto um dispositivo de lei não lhe marcar o tempo de prescripção, será elle, como na Italia fascista, de duração perpetua.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Art. 86 — A rehabilitação consiste na reintegração do condemnado em todos os direitos que houver perdido pela condemnação, quando fôr declarado innocente pelo Supremo Tribunal Federal, em consequencia da revisão extraordinaria da sentença condemnatoria.

§ 1.° — A rehabilitação resulta immediatamente da sentença de revisão passada em julgado.

§ 2.° — A sentença de rehabilitação reconhecerá o direito do rehabilitado a uma justa indemnização, que será liquidada em execução, por todos os prejuizos soffridos com a condemnação.

A Nação, ou o Estado, são responsáveis pela indemnização.

I. — O instituto da rehabilitação não existia no antigo direito português; embora, como observou Levy Maria Jordão, com elle tivessem certa parecença as *cartas de restituição de fama,* a que se referia a Ord., liv. 1, tit. 3, § 2 e que eram concedidas pelos Desembargadores do Paço. O codigo de 1852, inspirando-se na legislação francêsa (cod. do processo criminal, art. 619 e segs.), o introduziu no velho reino. Por esse codigo, a rehabilitação consistia no acto pelo qual se restituia ao condemnado, que havia cumprido a pena temporaria, ou a quem esta fôra simplesmente perdoada, ou que a prescrevera, todos os direitos que pela condemnação tinha perdido (art. 129.°,

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

§ 1.º). O fim dessa instituição, cuja utilidade o citado criminalista poz em duvida, era, como se expressava a Ordenação francêsa de 1670 "remettre le condamné en ses biens et bonne renomée". A reforma penal de 1884, no art. 89.º, que hoje constitue o art. 126 do codigo vigente, deu outra significação ao instituto: a rehabilitação ficou sendo a restituição dos que foram injustamente condemnados ao estado anterior á condemnação.

O legislador brasileiro, em 1890, no artigo supra, copiou o codigo português.[1]).

A primeira Constituição Federal estatuia, no art. 81: "Os processos findos, em materia crime, poderão ser revistos a qualquer tempo, em beneficio dos condemnados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar ou confirmar a sentença. § 1.º A lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou *ex-officio* pelo procurador geral da Republica. § 2.º Na revisão não podem ser aggravadas as penas da sentença revista. § 3.º As disposições do presente artigo são extensivas aos processos militares".

Essa revisão, ao contrario da antiga revista (lei de 28 de setembro de 1828) não era simplesmente um recurso: era antes uma acção *sui generis*. Só tinha cabimento com referencia aos processos findos, que não dependessem mais de recurso algum. Podia ser promovido em *qualquer tempo*, até após a morte do condemnado.

---

1) Escreve Delaquis, em sua monographia *Die Rehabilitation im Strafrecht* (Berlin), 1907): "Varias leis designam como rehabilitação a reforma de uma sentença em processo de revisão. E' evidente que não se trata nesse caso de rehabilitação *sensu stricto*. Confira-se: Brasil, C. pen. de 1890, Cod. pen. para a armada de 1891; Portugal, Cod. penal de 1884, art. 49, de 1886, art. 126; Mexico, Cod. do proc. pen. de 1894, art. 611 a 628. A idéa fundamental da rehabilitação é estranha a essas formas. A emenda é superflua ou secundaria".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Os casos e o processo da revista foram regulados pelo dec. n.º 848, de 11 de outubro de 1890, e pela lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894.

A Constituição da segunda Republica dava á Suprema Côrte a attribuição de "rever, em beneficio dos condemnados, nos casos e pela forma que a lei determinar, os processos findos em materia criminal, inclusive os militares e eleitoraes, a requerimento do réu, do Ministerio Publico ou de qualquer pessôa (art. 76, III, let. *c*)". Essa attribuição não foi dada ao Supremo Tribunal Federal pela carta de 10 de novembro de 1937. Deixou de existir o processo de revisão, do qual era consequencia a rehabilitação.

Esta extinguia a condemnação. Se o rehabilitando se achasse preso, em cumprimento de pena, cessava a execução desta. A União ou o Estado indemnizariam o rehabilitado. A lei 3.084, de 5 de novembro de 1898, no art. 436, excluia a responsabilidade nos seguintes casos: *a*) se o erro ou injustiça da condemnação do réu rehabilitado procedesse de acto ou falta imputavel ao mesmo réu, como a confissão ou a occultação da prova em seu poder; *b*) se o réu não houvesse esgotado todos os recursos legaes; *c*) se a accusação houvesse sido meramente particular.

O paragrapho unico do citado artigo dispunha: "A União, ou o Estado, terá em todo caso acção regressiva contra a autoridade e as partes interessadas na condemnação, se forem convencidas de culpa ou dólo". [2]).

O codigo civil português, no art. 2.403, consagra expressamente a responsabilidade da fazenda nacional pela condemnação injusta. O codigo brasileiro não contém disposição identica.

---

2) Consultem-se: Alvaro Villela, *A revisão no processo criminal* e J. V. de Araujo, *A revisão dos processos penaes* (1899).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

II. — Não conhece o direito penal patrio a rehabilitação como a concebe o direito franco-italiano. Podemos definí-la da seguinte maneira: a cessação, por acto do poder publico, ou por simples decurso de tempo, total ou parcial, após o cumprimento da pena e em virtude do bom procedimento do condemnado, das incapacidades e privações de direitos resultantes da condemnação.

Apresenta esse instituto não poucos traços de semelhança com outros que derivam egualmente do *jus dispensandi*. Primitivamente, se confundia com a graça (*rehabilitation gratieuse*). Desta se destacou, para constituir um instituto á parte, com caracteres especiaes. Em vez de mero favor, acabou representando, para o condemnado, verdadeiro direito. A graça é obrigatoria; não póde o agraciado renunciá-la. A rehabilitação depende da vontade, do pedido da parte. Aquella tem por fundamento juridico um principio superior da justiça; a ultima, a emenda presumida do condemnado. Competentes para a rehabilitação são em regra os tribunaes. Ella é, formalmente, um acto da administração da justiça.

Com a suspensão da pena (*sursis*) e com a prescripção tem tambem ella pontos de affinidade. Mas de uma o outra se distingue perfeitamente, mercê de caracteristicos que lhe são proprios.

A que delinquentes e a que condemnações deve applicar-se a rehabilitação? A tendencia que se observa nas legislações é para alargar a esphera dessa applicação. Bôas razões realmente não existem para restringí-la á determinadas especies de criminosos e de condemnações. [3]. Estas, embora simplesmente disciplinares ou proferidas

---

3) Muito bem a respeito a Exposição de motivos do projecto checo-eslovaco (pag. 68).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

por tribunaes alienigenas, devem dar logar á rehabilitação.[4]).

As condições geralmente para esta exigidas são: *a*) transcurso de certo lapso de tempo após a execução da pena, pelo respectivo cumprimento ou por outro motivo legal;[5]; *b*) bom comportamento, por parte do condemnado, durante esse tempo; e *c*) a reparação do damno, na medida das possibilidades.

Quanto á fixação do prazo, variam bastante as leis dos diversos povos. O de cinco annos, quanto ás penas criminaes, e de tres, quanto ás correcionaes, parece o mais commum. Algumas legislações estabelecem um prazo unico. Outras o graduam, em proporção do tempo de duração da pena accessoria (privação dos direitos) ou da da pena principal. A's vezes fixam um minimo. O codigo norueguês, por exemplo, toma como base para a determinação do prazo necessario á rehabilitação a duração da pena de privação dos direitos civicos. Fixa-o em metade dessa duração. Estabelece, porém, o minimo de tres annos (§ 75). O projecto brasileiro segue o mesmo systema (art. 145). No codigo do cantão de Vallais é a pena principal que serve de criterio á referida determinação. O prazo minimo é de dois annos.

Algumas legislações alongam ou encurtam o prazo, quando occorrem certas circumstancias. Chegam até a dispensá-lo. Assim, com relação aos delinquentes reincidentes, habituaes, profissionaes ou por indole, aumenta o codigo italiano para o dobro (10 annos) o prazo commum. Tratando-se de delinquentes politicos, os dos cantões de S. Gall e Lucerna não fixam prazo algum.

---

4) Delaquis, *ob cit.*, pag. 119.

5) Como subrogados da execução da pena apparecem nas legislações a graça, a prescripção, o livramento condicional e a suspensão da pena (*sursis*). Perfeita a formula do codigo italiano (art. 179): "dal giorno in cui la pena principale sia stata eseguita o *siasi in altro modo estinta*...".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Opina um dos melhores tratadistas do assumpto que o prazo não deve ser demasiadamente curto, para que não perca o seu valor como prova da emenda. Que a lei deve fixá-lo ao menos no minimo, podendo ser isso sufficiente. Que é recommendavel a fixação, tendo-se em vista a especie e a medida da pena principal. [6]).

Relativamente ao bom comportamento (*bonne conduite, buona condotta, buena conducta, une vie honorable* diz o moderno codigo dinamarquês, consoante a traducção francêsa), cumpre observar que não é possivel exigir um teor de vida moralmente irreprehensivel. Basta que o pretendente á rehabilitação haja cumprido os seus deveres como membro da sociedade: faça presumir a sua inocuidade. O facto de não haver praticado outro crime não constitue prova sufficiente de bôa conducta. E' mistér alguma cousa mais. O codigo peruano não qualifica a conducta. Diz apenas que ella deve ser tal que justifique a concessão do favor (art. 130). O processual do Mexico (1894, art. 623, III) não se contenta em exigir "buena conducta continua", quer mais que o rehabilitando forneça "pruebas de haber contraido hábitos de órden, trabajo y moralidad, y mui particularmente de que ha dominado la pasión ó inclinación que lo indujo al delito". Pretender tanto é tornar quasi que inexequivel a rehabilitação. O projecto brasileiro falla em "comportamento regular (art. 145)", "bom comportamento (art. 146, I)"; mas se excede, quando autorisa o juiz a denegar a rehabilitação, se se convencer de que o rehabilitando "simula o arrependimento". [7]).

---

6) Delaquis, *ob. cit.*, pag. 163.

7) O projecto checo-eslovaco preferiu uma formula negativa — e se o seu comportamento não o torne indigno da medida (*Leoschung*, segundo o texto allemão). Assim não fica o rehabilitando obrigado a ministrar uma prova que nem sempre lhe será facil conseguir.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A ultima das condições que costumam ser impostas á rehabilitação é a reparação do damno (inclusive o pagamento das custas). Delaquis não a considera elemento essencial desse instituto. Algumas legislações são mudas a respeito da indemnização: portanto, dispensam semelhante requisito. Em quasi todas se nos depara uma clausula limitativa. A norueguêsa assim se exprime (segundo a versão de Swinderen) — "et a réparé, *selon ses moyens,* les dommages causés par l'action coupable". A dinamarquêsa emprega a phrase (consoante a traducção francêsa) — "dans la mesure où l'a permis sa situation economique...". A belga dá ao tribunal a faculdade de abrir mão do requisito da reparação, se o condemnado "justifie s'être trouvé dans l'impossibilité de se liberer, soit á raison de son indigence, soit á raison de toute autre cause qui ne lui est pas imputable". O projecto brasileiro exige que o condemnado tenha "reparado o damno causado, ou se esforçado por fazê-lo na medida de suas posses".

Algumas leis inserem normas em relação ao caso da condemnação solidaria, de ser desconhecido ou se achar ausente o offendido, etc. No de condemnação por bancarrota, exige, por exemplo, uma das mais modernas leis sobre o assumpto — a do Egypto, de 5 de março de 1931 — que o requerente prove a sua rehabilitação commercial. [8]).

No que concerne aos effeitos da rehabilitação, ellas em geral se limitam ás incapacidades que, no dominio do direito publico ou privado, sóem derivar das condemnações penaes. Rehabilitado, volta o individuo, *ex nunc,* isto é, dessa data em diante, ao seu anterior estado, de-

---

8) *Recueil de documents en matière pénal et pénitentiaire,* II, 153.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

sapparecendo as restricções impostas á sua capacidade juridica pela sentença condemnatoria, salvo disposições limitativas especiaes. É desde então considerado novamente apto a occupar o seu logar no meio social.

A evolução do instituto não parou, porém, nesse ponto. Diversas legislações dão á rehabilitação efficacia maior — a de apagar a propria condemnação. Assim a francêsa, a belga, a bulgara, a checo-slovaca, etc. Como consequencia, mandam ellas riscar o nome do rehabilitado dos registros judiciaes; ficando assim — como se exprime o codigo peruano (art. 131) — a historia do condemnado livre de todo antecedente penal. O projecto brasileiro permitte a concessão da rehabilitação a quem houver cumprido pena menor de cinco annos, provando: *a*) bom comportamento durante dez annos (quatro quando a pena fôr de detenção por menos de um anno), depois do cumprimento da pena; e *b*) haver reparado o damno causado, na medida de suas posses. Com a rehabilitação, cancella-se o registro da sentença no promptuario do condemnado (art. 149).

A legislação francêsa, com a lei de 5 de agosto de 1899, alargou o conceito do instituto, creando a rehabilitação de direito. Em rigor, esta não merece verdadeiramente o nome que lhe foi dado. Mais affinidade tem com a prescripção do que com a rehabilitação propriamente dita.[9]). Depende exclusivamente do decurso do tempo. A expiração de certo numero de annos, sem que o individuo incorra em outra condemnação, produz

---

9) Delaquis, *ob. cit.*, pag. 109. Sobre a rehabilitação legal assim se pronunciou Donnedieu de Vabres (*La Justice Pénale*, 208): "L'admission d'une réhabilitation *automatique* méconnait la raison d'être de l'institution, qui doit récompenser un effort positif et méritoire. Elle en altère la signification morale. Elle en diminue l'efficacité au point de vue pénitentiaire et social".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

pleno jure o desapparecimento da que lhe foi imposta e de todas as suas consequencias. O exemplo foi imitado, em 1906, pela Italia. O codigo actual, porém, não acceitou essa forma de rehabilitação. Na Dinamarca tambem, segundo parece, não mais existe.

A quem deve competir a concessão da rehabilitação? Um rapido confronto das varias legislações mostra a diversidade que entre ellas existe a proposito. Na maioria dellas, a competencia é do tribunal de segunda instancia (Côrte de Appellação). Assim acontece na Belgica, na Bulgaria, na França, na Grecia, etc. O projecto brasileiro torna a sentença de rehabilitação dependente, para ter valor, de confirmação do tribunal superior. Denegada a rehabilitação, permittem todas as legislações que o pedido seja repetido, decorrido certo lapso de tempo. Este é geralmente de dois annos. O referido projecto apenas diz — "novo prazo se poderá marcar ao rehabilitando...". Isso plenamente se justifica. Assim se consegue maior individualisação.

A revogabilidade da rehabilitação pela pratica de novo crime e consequente imposição de outra pena — idéa que o citado projecto consagra no art. 147 — tem sido bastante combatida. Delaquis qualifica como contrasenso (*ein Unding*) uma rehabilitação sujeita a condição resolutiva.

Admittida a possibilidade de revogação, cumpre restringí-la ao caso em que a nova pena se revista de certa gravidade. Fá-lo, por exemplo, o projecto checo-eslovaco (§ 39). O nosso não se deu a esse cuidado.

Para terminar: a rehabilitação, considerada como um dos recursos mais preciosos que a sciencia penitenciaria offerece ao legislador para a emenda do culpado,

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

não figura ainda em diversas legislações de nossa época. Basta lembrar a inglêsa, a hungara, a hollandêsa e a suéca, Em nosso continente, ella não apparece nos codigos da Argentina e do Uruguay. [10]).

10) Sobre a historia do instituto da rehabilitação veja-se o optimo resumo de v. Liszt-Schmidt, *Lehrbuch d. deut. Strafrecht* (25.ª ed.), § 78-a. Além da monographia de Delaquis, recommenda-se á leitura: Logoz, *Essai sur la réhabilitation* (these de Genebra, 1911); Schiller, *Die Rehabilitation Verurteiter im schw. Strafrecht*, Zuerich, 1905.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

ADDITAMENTOS

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O CODIGO CRIMINAL DE 1830

Quando foi do centenario de nosso primeiro codigo penal, em commemoração a essa memoravel data, publicaram-se alguns escriptos cuja leitura se torna quasi indispensavel a quem pretenda estudar a historia desse grandioso monumento legislativo. Merecem especial menção: *O codigo penal brasileiro de 1830,* pelo professor Ladisláu Thot (da Universidade nacional de La Plata), sahido á lume no *Jornal do Commercio,* do Rio de Janeiro, de 4 de julho de 1930 (*Archivo judiciario,* XV, suppl. pag. 39); *O centenario do codigo criminal,* pelo dr. Vicente de Paulo Vicente de Azevedo, publicado no *Estado de São Paulo,* de 16 de dezembro desse anno e reproduzidò na *Revista dos Tribunaes,* vol. LXXVII, pag. 441, e nas *Pandectas brasileiras,* vol. VIII, pag. 686; e *O codigo criminal do Imperio,* pelo dr. Edgard Costa, estampado no mesmo *Jornal do Commercio,* tambem em 16 de dezembro do dito anno.

Se á alguem, individualmente, se póde attribuir a gloria da elaboração do codigo da monarchia, esse alguem é Bernardo de Vasconcellos. O seu projecto, apparecido em 1827, preponderou inconfundivelmente — di-lo, com todos os commentadores, o illustre biographo desse notavel estadista do Imperio [1]) — nessa obra, imperecivel padrão da cultura juridica brasileira naquella época.[2]).

---

1) Octavio Tarquino de Souza, *Bernardo Pereira de Vasconcellos e seu tempo,* Rio de Janeiro, 1937, pag. 52.

2) A descabida censura de grande prolixidade e casuistica excessiva, feita pelo professor Vieira de Araujo a esse codigo, corre mundo, repetida por von Hippel (*Deutsches Strafrecht,* I, pag. 439).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O PRINCIPIO DA LEGALIDADE E A ANALOGIA EM MATERIA PENAL

A maxima da anterioridade da lei penal que, ao iniciar o commentario do artigo com que se abre este codigo, dissemos representar um principio cosmico do direito repressivo, vem sendo objecto de rudes e insistentes ataques por parte dos criminalistas filiados no nacional-socialismo allemão.

A campanha começou com o celebre *Memorial prussiano*, de autoria do ministro da justiça Hanns Kerrl. Essa obra (escripta em dez dias) assegurou ao nacional-socialismo — como diz Freisler — a direcção espiritual da renovação do direito punitivo na Allemanha.

Occupando-se da efficacia da lei penal no tempo, ahi se affirmou que o preceito consagrado no § 2, al. 1 do codigo penal — mantido nos projectos de reforma — proviéra do principio individualista do direito romano *nulla poena sine lege*. Que era elle estranho á edade media allemã, pois então se permittia a punição independentemente de dispositivo expresso. Que a regra *n. p. s. l.* dava logar a que os inimigos da communhão attingissem os seus fins, atravez das malhas da lei. Que era mistér conceder aos juizes o poder de complanarem as lacunas desta, á maneira como o fazia o art. 1, al. 2 do codigo civil suisso.

Essas idéas tiveram a mais larga repercussão. Heinrich Henkel, em seu opusculo *Strafrichter und Gesetz*

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

im neuen Staat, procurou demonstrar que, filha do illuminismo, nascida como vehemente protesto contra o desmesurado arbitrio judicial, que, no seculo anterior, chegara a extremos intoleraveis, a regra *n. p. s. l.* já não podia ter a sua antiga importancia. Fôra ella estabelecida com o intuito de proteger a liberdade individual; e está, deante da moderna concepção do Estado — a concepção nacional-socialista — não mais constituia o objectivo principal das normas de direito criminal. Acima da liberdade do individuo estava o interesse da collectividade. A este devia aquella sacrificar-se, quando necessario. A lei penal não era mais terreno fechado, inacessivel á influencia dos costumes, da religião e da moralidade. Isso significava mais livre formação do conceito dos crimes. Importava o dever, para os juizes, de attenderem ás idéas dominantes na communhão. Não estavam elles presos á letra da lei: cumpria-lhes interpretá-la de conformidade com o seu espirito e a sua finalidade, empregando para isso todos os meios capazes de revelar a convicção juridica da collectividade e permittir uma decisão em harmonia com o espirito do direito em vigor. Em um Estado totalitario, a relação do juiz criminal com a lei não podia mais ficar acorrentada á formula *nulla poena sine lege.*

Siegert, professor de Goettinge, em seus *Principios de direito penal no novo Estado,* doutrina que a maxima *nullum crimen sine lege* deve continuar a ser incondicionalmente reconhecida, porque corresponde ao principio

---

1) Na literatura nazista por vezes se faz remontar a origem do principio ao direito romano. O Memorial prussiano incorreu nesse erro (pag. 127). Corrige-o o autor citado. Em seu *Direito Penal,* escreve o professor Roberto Lyra: "O principio da reserva da lei penal que ainda constitue o fundamento das codificações — *nullum crimen, nulla poena sine lege* — provém do Direito Romano, controlando o arbitrio do poder publico". A asserção precisa ser rectificada.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

autoritario (*Fuehrerprinzip*). Este impede que o juiz por si mesmo (*auf eigene Faust*) investigue o espirito do povo e empregue a cortante arma do direito penal. Á autoridade (*die Fuehrung*) cumpre, por meio de conceitos claros do crime (*klare Tatsbestaende*) e inequivocos quadros penaes, estabelecer as linhas directrizes da administração da justiça criminal.

Depois disso, continúa o citado professor, dizendo que a referida maxima (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) precisa soffrer no futuro direito penal uma restricção, pouco importando que a lei seja promulgada pouco antes ou pouco após o facto. Importa é que este, por occasião de ser praticado, já seja considerado pela opinião publica (*Volksgeist*) merecedor de punição.

Admitte, pois, esse criminalista a possibilidade de ter a lei criminal efficacia retroactiva. Lembra a proposito a lex van der Lubbe (lei sobre a imposição e execução da pena de morte, de 20 de março de 1933).[2]). E a applaude.

Para esse escriptor, a interpretação puramente literal da lei é consequencia logica do individualismo. Com ella, se garante o individuo e não o Estado. O jurista que quizer servir o povo deve interpretar a lei, sem exceptuar a penal, de accordo com a sua mente e o seu escopo. A analogia, ainda que em prejuizo do delinquente, corresponde ás tradições do direito. Contra o arbitrio dos juizes, a garantia está na fidelidade ás directrizes traçadas pela autoridade (*die Rechtlinien der Fuehrung*) e ao espirito (consciencia) do povo.

No outono de 1933, o ministro da justiça Guenther, por determinação do então chanceller do Imperio, nomeou uma commissão, á qual confiou o encargo de preparar

---

2) Essa lei foi mandada vigorar desde 31 do mez de janeiro anterior, teve, pois, effeito retroactivo. Aliás este não repugna aos escriptores do nacional-socialismo.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

um projecto de codigo penal conforme com as idéas e as necessidades do Estado novo. Essa commissão se occupou, no periodo de 7 de novembro a 2 de dezembro do dito anno, sendo relator o professor Dahm, de Kiel, com o principio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Assentou desde logo a commissão que no futuro codigo os crimes deveriam ser determinadamente especificados. O exemplo do art. VI do codigo russo de uma autorização generica considerou ella incompativel com o sentir do povo allemão e com a essencia do governo autoritario. Resolveu-se manter de pé o principio da legalidade (*n. c. n. p. s. l.*), mas permittindo o emprego da analogia. Adoptou-se a respeito, em primeira leitura, o seguinte dispositivo: "Se o facto não fôr expressamente declarado punivel, mas um outro, semelhante, estiver pela lei ameaçado de pena, se applicará esta lei, quando o seu conceito fundamental e a sã consciencia do povo reclamarem a punição."

Tres, portanto, as condições para o emprego analogico da lei penal: *a*) que um e outro facto sejam semelhantes; *b*) que, segundo o conceito fundamental de uma lei expressa, ambos mereçam punição; e *c*) que esta esteja de conformidade com a sã consciencia do povo.

Em segunda leitura (nos dias 22 e 23 de março de 1935), organisou a commissão uma outra formula, que se lhe antolhou mais perfeita. Estava concebida nos seguintes termos: "E' punido quem pratica uma acção que a lei declara punivel ou quem merece punição segundo o conceito fundamental de uma lei penal ou segundo a sã consciencia do povo. Se nenhuma lei penal determinada se applica immediatamente ao facto, é este punido de accordo com a lei cujo conceito fundamental melhor se lhe adapte".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A novella de 28 de junho de 1935 substituiu por essa formula o § 2 do codigo penal. E' assim que ella figura nas edições mais recentes desse codigo.

Explicando o sentido do novo dispositivo, disse Mezger que ao juiz cumpria verificar se o facto, segundo o são sentir do povo, merecia punição. Mas que isso não bastava. Era preciso que esta tambem fosse merecida segundo o conceito fundamental de uma lei penal. A esta remontava sempre a faculdade creadora de direito do juiz. Procedia elle illegalmente, quando attendia apenas ao seu sentir ou ao de outrem.

Para o citado criminalista, não se cogitava no caso de analogia, legal ou de direito).[3]).

No livro *Das neue Strafrecht,* de Guertner e Freisler, confessou o primeiro que essa novella havia sido grandemente discutida e criticada. Que contra ella se arguira principalmente haver o legislador allemão dado aos juizes a faculdade de livremente crearem entidades criminosas e fixarem penalidades.

E procurou rebater a censura feita ao referido diploma, asseverando que, para um povo dotado, como o allemão, de um sadio sentimento do justo e do injusto, não era de receiar a faculdade outorgada aos juizes de agirem de accordo com esse sentimento. Este devia ser mais do que simples guia para o reconhecimento do direito — a fonte de toda creação juridica. Com o dispositivo da lei de 1935 se afasta a dolorosa dissonancia que se verifica, quando o respectivo autor não póde soffrer punição, por não serem as malhas da lei sufficientemente estreitas para apanhá-lo.[4]).

---

3) *Deutsches Strafrecht, Ein Leitfaden,* pag. 36.

4) Freiler, nesse livro, pag. 150, diz que o direito penal não se contenta mais com uma justiça imparcial (*neutrale*), anemica e sem vigor, mas reclama uma justiça material, moral e popular. Esse direito exige que o juiz creie o direito immediatamente do são sentimento do povo. A lei não tem mais a pretenção de ser completa, como acontecia quando vigorava o principio liberal — *nullum crimen, nulla poena sine lege.*

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

De quanto acabamos de expôr, pelas summidades, se conclue o diminuto valor que, no direito nazista, tem o principio do *nullum crimem, nulla poena sine lege*. Se os juizes não são completamente livres na creação das entidades criminosas, na escolha e na fixação das penas, gosam, todavia, de uma enorme amplitude no desempenho de sua missão repressiva. Deante della, desapparece toda garantia á liberdade individual. Nos regimes totalitarios, esta não tem a menor significação.

Assim se explica o repudio quasi que total do principio qualificado por v. Liszt como a *magna charta* dos delinquentes.

Antes da legislação nazista, já o direito russo consagrára o uso da analogia em materia de incriminações e de penas. No art. 16 do codigo sovietico se lê: "Se um facto socialmente perigoso não estiver expressamente previsto nas leis penaes, serão determinados os fundamentos e limites da responsabilidade pelos artigos que prevejam os crimes de natureza mais analoga pela sua gravidade e especie". Este dispositivo constitue norma obrigatoria para a legislação criminal de todas as republicas federadas. [5]).

Segundo os autores russos, os actos ou factos só podem ser considerados criminosos, quando analogos a algum ou alguns dos expressamente definidos nas leis penaes. Além disso, se não forem de natureza meramente civil (como a ameaça, o *furtum usus*) ou administrativa (como o de quem viaja sem bilhete). Não tem o juiz a faculdade de crear delictos a seu talante, dando livre expansão á sua phantasia. Cumpre-lhe indicar o artigo do codigo em que se baseia. Esse dever — observa Anossof — tem em mira mais que o interesse individual — o da propria sociedade.

---

5) Anossof, *L'analogia nel diritto penale sovietico*, na *Scuola Positiva*, 1930, pag. 445.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Defendendo a doutrina do codigo da sua patria, escreve o insigne professor de Taschkent: quantos vêm na admissão da analogia uma ameaça á liberdade individual esquecem duas cousas: que a garantia resultante do principio da legalidade é meramente formal; e que o Estado póde offerecer ao cidadão outras garantias, mais solidas, contra o arbitrio judicial.

Para esse criminalista, o principio *n. p. s. l.* está em decadencia até na Europa, crescendo dia a dia o numero dos partidarios da analogia na aplicação das leis repressivas.

Semelhante asserção não nos parece muito exacta. O codigo dinamarquês permitte a incriminação analogica, quando diz (segundo a tradução francêsa): "Tombe seul sous la coup de la loi un acte dont le caractère punissable est prévu par la legislation danoise *ou une action entièrement assimilable à un tel acte*". Tambem o faz, se não laboramos em erro, o novo codigo romeno. [6]).

O problema da admissão ou exclusão do processo analogico foi incluido na ordem do dia do congresso da Associação internacional de direito penal, celebrado em Paris, em 1937. O congresso, exprimindo o voto de que as disposições da lei penal, na definição dos crimes, fossem redigidas em termos bastantes geraes, de modo a facilitar a adaptação da jurisprudencia ás necessidades sociaes, affirmou que "o principio da legalidade dos delictos e das penas, garantia necessaria da liberdade individual, tinha como consequencia a exclusão, na interpretação das leis, do methodo analogico". [7]).

---

6) Sobre o direito canonico, sustentando que elle não adopta o principio *nulla poena sine lege*, veja-se Heimberger, *Freiheit und Gebundenheit des Richtrs in weltlichen und kirchchihen Strafrecht. Rektoratsrede*, 1928.

7) A *Revue international de droit pénal*, 1937, dá-nos informações completas a respeito.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Somos intransigentemente contrarios a admissão da analogia (que se distingue essencialmente da interpretação extensiva) em materia de incriminação de factos e comminação das penas. Não nos abalam os argumentos com que os adeptos da opinião opposta tentam sustentá-la. Os de ordem politica não merecem confutação. Quem considera a liberdade individual como cousa de somenos valía, deante dos interesses da collectividade, quem attribue a estes absoluta predominancia sobre aquella não tem realmente motivo para temer o emprego da analogia, na esphera do direito punitivo. São consequentes os escriptores da escola nazista.

Allegam defensores da applicação analogica da lei penal que os perigos e maus resultados desse methodo podem ser evitados com a adopção de cautelas adequadas. Infelizmente, nenhuma das cautelas propostas é sufficientemente garantidora. Representam ellas obices bem frageis, barreiras que, sem maiores difficuldades, serão transpostas pelo arbitrio judicial. Quando se recorre, como faz o nazismo, ao criterio do "são sentimento do povo" [8]) ou a "consciencia popular", oscillam e se confundem os limites entre a auto-integração e a extra-integração da lei. A repressão punitiva passa a ser regulada, não pela vontade objectiva da lei, mas pelas variaveis a transitorias orientações da consciencia collectiva. [9]).

Outra allegação a favor da analogia em materia de crimes e penas é a de que ás vezes as sancções civis são mais graves do que as criminaes; e que, entretanto, com relação ás primeiras, não se duvida admittir o processo da ampliação analogica, ao passo que, relativamente ás segundas, se veda o uso desse processo.

---

8) Essa formula, tão vaga, não impede que se veja no preceito do codigo allemão a consagração legal do direito livre. E' o que observa, com razão, o emerito professor Asúa, em artigo estampado na *Giustizia penale*, 1936, pag. 271.

9) A. Santoro, *Francesco Carrara e l'odierna scienza del diritto criminale*, na *Scuola Positiva*, 1936, p. 228.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Esse argumento, á primeira vista, impressionavel, não tem, bem examinado, o valor que lhe attribuem os que o trazem á discussão. As sancções civis se referem exclusivamente ao patrimonio; as criminaes dizem tambem respeito á vida, á liberdade e á honra do individuo. E' a maior garantia que esses bens exigem o motivo da exclusão do methodo analogico.

Os coripheus do retorno a um inglorio passado (como se exprime Florian) se apegam á consideração de que a lei é incompleta e de que a defesa social reclama não raro a punição de factos, perigosos ou lesivos, não comprehendidos por aquella. A isso responde muito bem o criminalista cidado: "La sensibilità delle esigenze della difesa sociale è vivissima nei nostri tempi; ma se tali esigenze denunciano la eventuale incompletezza della legge e no reclamino l'integrazione, ciò deve avvenire giusta il magistero della legge". Nota esse conhecidissimo tratadista que, em seu país, "dove il senso giuridico raramente é scompagnato dal senso comune e dal buon senso" a volta á edade media — "la ripristinazione mediovale" — não obteve adhesões. [10]).

Os codigos de data mais moderna, nomeadamente o peruano, o polaco, o uruguayo, o chinês, mantêm-se fieis ao principio tradicional. O mesmo se verifica com os projectos, como, exemplificando, o checo-slovaco, o francês e o nosso.

Deve o nosso direito, inspirando-se no exemplo dos regimes anti-liberaes, abandonar esse principio? Apesar da intima correlação que existe entre o problema da analogia no direito penal e as idéas politicas fundamentaes, dominantes em certa época, temos que será passo errado, de desastrosas consequencias, a renuncia á benefica ga-

---

10) *Scuola Positiva*, 1936, pag. 4.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

rantia que os nossos antepassados crearam contra os abusos do arbitrio judicial e em prol da segurança do direito. [11]) [12]).

---

11) Muito se tem escripto, nos ultimos annos, a respeito deste interessante assumpto. Abundante indicação se encontra na dissertação de Barbara Ackermann, *Das Analogieverbot im geltenden und zukuenfigen Strafrecht,* Breslau, 1934, e no relatorio do porf. Jiménez de Asúa, publicado em *La Giustizia Penale,* maio de 1936, pags. 258 e segs. Com a analogia, em face da Constituição de 34, se ocupou a Conferencia de Criminologia, que se celebrou no Rio, em 1936. O dr. Haeckel de Lemos, relator da V.ª these, adversario da applicação analogica da lei penal, accrescentou que nem todos os nossos criminalistas haviam tomado esse caminho. Em seguida assim se exprimiu:

"Nós temos tido os seus tresmalhados, aquelles que ao caminho plano e lizo preferem as grimpas dos morros ao de cima dessa estrada. E força é confessar que esses alpinistas da interpretação por analogia são homens notaveis nas letras juridico-penaes. Cito dous, para mostrar que esta theoria tem os seus santos homens: são elles, o meu patrono na Sociedade Brasileira de Criminologia, o saudoso e genial professor Tobias Barreto, e o embora jovem mas já notavel penalista, professor Dr. Roberto Lyra. A ambos, fortes laços me prendem: um — o primeiro, pelo espirito e afoiteza da concepção juridica, Tobias Barreto; do outro uma grande amizade, mesclada de muita admiração, Roberto Lyra.

Mas, ambos elles não attenderam á funcção social do direito punitivo e olvidaram por completo, no meu pensar, o problema sociologico brasileiro.

Neste vasto país, de uma cultura tão rala como ella é, onde não existe ainda o oceano do saber, para haver sómente ilhas nos portos mais movimentados, onde o caracter do povo ainda está em formação, onde, permittam-me a audacia, a magistratura não guarda igual independencia em toda sua vasta zona, onde a Justiça nos meios pequenos e longinquos ainda está em embrião, outorgar-se aó juiz o direito de estabelecer crimes e penas seria o maior mal para sua formação e a causa mais certa de sua anarchia. Seria um crime tão nefando como abolir todas as penas e todos os crimes".

12) Sobre o direito penal autoritario leia-se a magnifica conferencia do professor Nelson Hungria, publicada no *Jornal do Commercio,* do Rio, de 17 de julho de 1937.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A EXTRADICÇÃO DOS NACIONAES

Quando nos occupamos deste interessante assumpto, no volume precedente, assignalamos o favor com que os escriptores e os congressos acolhiam a idéa de não exceptuar da extradicção os proprios subditos nacionaes. Mostramo-nos, porém, pouco esperançados de que ella conseguisse vencer a relutancia que lhe oppunham os diversos povos, separados mais do que nunca pela ultima grande guerra.

A lei de 1911 deixara-se arrastar pela corrente, cada vez mais volumosa, que admittia a entrega dos nacionaes. Impunha apenas uma condição especial — a reciprocidade. Alguns tratados celebrou o governo brasileiro (com a Bolivia, o Perú, a Italia[1]) e o Paraguay), compromettendo-se a essa entrega.

Após o golpe de 1930, radical mudança se operou. A Constituição de 1934 estatuiu positivamente: "Não será concedida a Estado estrangeiro extradicção por crime politico ou de opinião, *nem em caso algum, de brasileiro* (art. 113, n. 31)".

Outro golpe, mais profundo e extenso, veio abalar *ab imis* a nossa organisação politica. Installou-se, sobre os escombros de quasi semi-secular edificio, o novo regime *soi disant* democratico. A carta constitucional de

---

1) A quem deseje aprofundar o conhecimento da questão recommendamos a luminosa exposição de motivos com que o ministro Afranio de Mello Franco apresentou á aprovação e ratificação do presidente da Republica o tratado de extradicção celebrado com a Italia (*Rev. de jurisprudencia brasileira*, XIX, pag. 238 e segs).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

10 de novembro de 1937 entendeu que devia manter, para com a justiça estrangeira, o mesmo espirito de desconfiança que inspirara os constituintes de 34. Assim, declarou no art. 122, n. 12: "Nenhum brasileiro poderá ser extraditado por governo estrangeiro". Esse texto, mal redigido, precisou ser explicado. Disse-se então que elle significava — a pedido de governo estrangeiro.

Achamo-nos, pois, sobre o assumpto, no mesmo pé em que nos encontravamos antes da lei de 1911. [2] [3] [4].

---

2) Não consta da carta do Estado novo a prohibição da extradicção de delinquentes politicos. O rigor com que, nos regimes denominados fortes são tratados os delictos dessa natureza justifica plenamente a manutenção do principio, altamente democratico, adoptado até agora nas praticas internacionaes do mundo civilisado.

3) Sobre as questões a que póde dar logar o inciso 12 veja-se Pontes de Miranda, *Commentarios á Constituição* de 1937, I, 405.

4) O decreto-lei de 28 de abril deste anno (1938) mantem o principio de não extradicção dos brasileiros (art. 1.º). Veda-a tambem no caso de crime politico ou de opinião (art. 2.º, VII); mas restringe em excesso o conceito dessa especie de crime.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

O PROBLEMA DA CAUSALIDADE

Tem o assumpto, no vasto dominio do direito repressivo, a maxima relevancia. Só modernamente, entretanto, se chegou ao exacto reconhecimento dessa verdade. Data de pouco, relativamente, a elaboração scientifica da teoria referente ao nexo que deve existir entre a acção criminosa e o evento ou resultado por ella produzido. Esse trabalho, apesar do muito que se tem feito, ainda não attingiu ao seu termo definitivo.

O problema não logrou despertar a attenção dos jurisconsultos romanos. Delle não cogitaram o direito canonico, o italiano da edade media e o antigo germanico. Sómente em um caso especial, no capitulo do homicidio, procuraram os praticos italianos (especialmente Clarus), seguidos pelos escriptores allemães (Carpzow, Leyser, Struv e outros) averiguar quando a morte devia ser attribuida ao autor das lesões corporaes, quando provinha da lethalidade destas ou *ex alia causa supervenienti*. Surgiram as distincções da lethalidade. Dividiram-se as lesões (*vulnera*) lethaes em varias cathegorias — *per se* ou *per accidens*, absoluta ou relativamente taes, em abstracto ou em concreto. Sobre ellas se formou abundante casuistica.

Essa situação da doutrina, dominante na praxe, se reflectiu em algumas legislações. Porisso, no seculo XIX, entenderam diversos codigos que convinha consignar, em paragrapho especial, *apertis verbis*, a declaração de que nada importava podesse o resultado (a morte) ser evitado por um auxilio rapido e adequado, proviesse de con-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

dições pessoaes do offendido ou fosse devido a outras circumstancias. As legislações modernas abriram mão dessas disposições, superfluas e enganosas, sem, comtudo, ter posto fim ás controversias. [1]).

Foram os escriptores allemães que iniciaram e mais aprofundaram os estudos a respeito do nexo de causalidade, como requisitivo da imputação criminal (*imputatio facti*). Seguiram-lhes a esteira os italianos. Entre estes é hoje o referido problema de plena actualidade.

Duas teorias principaes a proposito dessa tormentosa questão dominam a literatura allemã: a da equivalencia das condições, alicerceada no conceito philosophico da causa (o conjuncto dos antecedentes, na phrase de Stuart Mill) e a da causação adequada, construida sobre o principio, posto em fóco por v. Kries, da probabilidade ou possibilidade objectiva. Consoante a primeira, cujo representante mais genuino é v. Buri, todas as condições são egualmente necessarias para a producção do resultado. Portanto, concorrer com qualquer dellas importa tornar-se responsavel, como causa, por este ultimo. Para a segunda, só se considera causal a condição que regularmente, normalmente, segundo os dados da experiencia, é apta a produzir o resultado (causação typica). v. Kriès tomou, para determinar a adequação, um ponto de vista subjectivo — o do autor, incorrendo por isso na censura de confundir os limites da causalidade com os da culpabilidade. Com o intuito de corrigir esse erro, creou Max Ruemelin a teoria da causação adequada conhecida como da prognose objectiva posterior (*objektiv nachtraeglicher Prognose*).

Pela teoria da equivalencia, basta que uma acção humana figure entre os antecedentes (condições) de certo evento ou resultado para que seja o agente reputado

1) v. Liszt-Schmidt, *Lehrbuch d. deut. Strafr.*, § 29.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

causa do mesmo. Pela da causação adequada, se faz mistér que a acção seja, regularmente, capaz de produzi-lo.

Procuraram não poucos escriptores (como Binding, Birkmeyer, Kohler, Horn e outros) distinguir entre as condições, considerando apenas algumas dellas como causaes. Todas as tentativas nesse sentido foram mal succedidas.

Hoje, entre os allemães, a teoria da causação adequada, predominante de havia muito no direito privado, entre os civilistas, parece ter triumphado egualmente no dominio do direito criminal. Os escriptores da escola autoritaria a preferem.[2]).

Na Italia, os criminalistas de maior reputação se bipartem, perfilhando uns (como Civoli, Rocco, Battaglini, Sabbatini, etc.) a teoria da equivalencia, outros (como Manzini, Massari. Grispigni, Delitala, o positivista Florian e muitos mais) a da causação adequada. Antolisei, partidario da primeira, pretendeu emendá-la, em parte. Na Suissa adepto convencido da segunda é Hafter.[3]). Em Portugal, por ella se manifestou o professor Belleza dos Santos.[4]).

Em regra, as legislações não inserem dispositivo expresso acerca do nexo da causalidade. Abre excepção a italiana. O legislador fascista entendeu que devia regular no codigo a materia.[5]). Assim preceitua no art. 40:

---

2) Siegert, *Grundzuege des Strafrechts im neuen Staat*, pag. 31.

3) *Lehrbuch d. schw. Strafrecht*, pag. 76.

4) Hernani Marques, *Direito Criminal*, pag. 428 e segs.

5) Em sua contribuição sobre o homicidio, incluida no vol. V, parte geral, da *Vergleichende Darstellung*, opinou v. Liszt que no futuro codigo allemão, se devia dispôr, em uma formula generica, baseada na teoria da equivalencia, a respeito da causalidade. Mais tarde, egual suggestão foi feita por v. Hippel (*Deut Strafrecht*, pag. 152), que divergiu quanto á doutrina a ser adoptada. Parecia-lhe preferivel a da adequação. Os projectos despresaram a lembrança.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

"Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo". Consagrado o principio, desenvolveu-o o artigo seguinte: "Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento. Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sè un reato, si applica la pena per questo stabilita. Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui".

Não são concordes os interpretes em dizer qual a teoria por elle esposada. [6]). Alguns não se limitam á alternativa das duas theorias correntes: opinam (como Angioni e Del Vecchio) que foi uma terceira a escolhida. [7]). Essa divergencia attesta que o codigo, apesar da sua gabada perfeição technica, não soube exprimir-se com clareza e perspicuidade.

---

6) Entendem que foi a da equivalencia das condições: Bernau, *Causalitá adeguata?* na *Scuola Positiva*, 1932, pag. 107; Battaglini, *In tema di colpa penale*, em *La Giustizia Penale*, 1931, I, fasc. V; Santoro, *Teoria delle circostanze del reato*, 1933, pag. 185; Vannini, *Liniamenti di dir. penale*, 2.ª ed., pag. 11 e segs.; e outros mais. Contrariamente, no sentido de que foi a da adequação a preferida: Altavilla, *Liniamenti di diritto penale*, pag. 119; Guarnieri, *In difesa della causa adeguata*, nos *Annali di dir. e proc. penale*, 1935, pag. 620; Frosali, *L'errore nella teoria del diritto penale*, pag. 380 e segs.; Cecchi, *L'evento nel reato*, pag. 17 e segs.; e diversos outros.

7) Para alguns, como Florian, Maggiore, etc., o legislador italiano consagrou a teoria da equivalencia, mas não em toda a sua pureza: modificou-a.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A alinea relativa ás causas supervenientes, que tenham sido capazes, só por si, de determinar o evento, vae dando logar ás mais serias dubiedades. Silvio Rainieri, no capitulo final de sua monographia, intitulada *La causalità nel diritto penale,* no-las apresenta, mostrando-nos o dissidio das opiniões na doutrina e na jurisprudencia. Diz elle que esta, deante das flutuações daquella, "cerchi di risolvere il problema della esclusione del nesso causale sia segguendo ora l'una ora l'altra delle sudette teorie, sia spirandosi a criteri giá in auge sotto il codice abrogato, sia tentando nuove vie, sia rinunciando a spiegare il valore della locuzione "sufficienti da sole", come se il suo significato fosse di dominio comune e non avesse bisogno d'interpretazione". [8]).

Em face das controversias provocadas pelos artigos do codigo italiano que se occupam com a relação da causalidade, não é licito affirmar que elle tenha sido feliz no regular tão importante materia. Sem embargo disso, houve quem o julgasse digno de imitação.

A sub-comissão legislativa, que reviu o projecto Sá Pereira, convenceu-se de que convinha consignar no futuro codigo, uma regra a respeito das causas supervenientes. E assim redigiu o art. 28: "A responsabilidade pelo resultado será excluida, sobrevindo causa independente da acção do infractor, sufficiente por si mesma para produzi-lo, mas subsistirá quanto aos actos puniveis anteriores". E' patente a fonte em que a sub-comissão se inspirou. Só um elemento novo apparece no dispositivo transcripto — o de ser a causa superveniente independente da acção do infractor. Esse mesmo não é origi-

---

8) *Ob. cit.,* pag. 322. Referindo-se á primeira alinea do art. 41, escreve Zeppieri (*La omissione causale,* pag. 34): "Esso (capoverso) dà luogo alle discussioni più irreducibili e più contrastanti".

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

nal: foi lembrado por Longhi nas discussões do projecto italiano.

O problema da causalidade merecia e precisava ser tratado de modo mais completo e perfeito pela sub-commissão legislativa. Teria esta procedido louvavelmente, se, antes de se occupar com as duas formas da culpabilidade, houvesse disposto sobre o nexo causal, abraçando uma das teorias que, no campo scientifico, disputam a primazia. O precedente do codigo Rocco estava a apontar-lhe o caminho.

De envolta com materia essencialmente distincta, regulou a sub-commissão legislativa uma das questões que se prendiam ao referido problema. Este, em seu ponto nuclear, ficou entregue ás incertezas da doutrina e ás vacillações da jurisprudencia.

A começar pela rubrica que se lhe sobrepoz, suggere o art. 28 do projecto diversos reparos. Antes de mais: só em má linguagem se póde chamar de concausa a causa excludente. Esta é causa unica. E' absurdo fallar, em tal caso, de concorrencia de causas. [9]).

Exige o mencionado artigo que a causa superveniente seja: *a*) independente da acção do infractor; e *b*) que seja, *por si só*, sufficiente para produzir o evento.

A independencia póde ser absoluta ou relativa (apparente). A qual delas allude o texto? Quando se póde affirmar que a causa superveniente é, por si só, sufficiente?

Se, para dar resposta a estas interrogações, formos pedir subsidios á doutrina ou á jurisprudencia italiana,

---

9) O des. Carlos Xavier, na Conferencia de Criminologia, reunida no Rio de Janeiro, em 1936, com razão notou a impropriedade da rubrica (*Suggestões offerecidas ao projecto de codigo criminal*, Rio de Janeiro, 1937, pag. 218).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

encontrar-nos-emos deante da mais desanimadora discrepancia de opiniões.

E teremos de reconhecer que melhor andara a subcommissão legislativa se houvesse disciplinado de modo menos lacunoso e obscuro a materia, superlativamente importante, da causalidade.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A PROPOSITO DO DOLO CRIMINAL

Entenderam o desembargador Sá Pereira, autor do projecto de novo codigo criminal, e a sub-commissão legislativa, encarregada da respectiva revisão, que devia ser inserta nessa obra uma definição do dolo, seguida de outra da culpa (em sentido restricto). E redigiram os arts. 25 e 27, que regulam essas duas formas de culpabilidade.

Vem de longe a disputa sobre a conveniencia ou não de se formularem na lei conceitos a respeito. Velhos criminalistas allemães se preoccuparam com o assumpto. Para Bauer, Gessler e outros a solução devia ser affirmativa. De modo diametralmente opposto se externaram, entre outros mais, Mittermaier, Hepp e Berner.[1]). Nos ultimos tempos, na literatura, não só do país desses escriptores com em outros, predomina a primeira dessas opiniões. Os mais recentes codigos por ella se orientam. Ha excepções, como, por exemplo, o da Dinamarca. A legislação anterior não definia o dolo e a culpa. Dahi nenhum mal havia resultado. Concluiu-se pela desnecessidade de definições a respeito. Tambem no da Noruega ellas não apparecem. A razão foi que as definições (e lembraram-se as do projecto russo, do codigo de S. Gall e do projecto Stooss) não offereciam criterio aproveitavel para a differenciação dessas duas modalidades da culpa (*s. lato*).

---

1) Schaffstein (Friedrich —), *Die Behandlung der Schuldarten im auslaendischen Strafrecht seit 1908*, Breslau, 1928, pag. 61.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Ao nosso ver, não é possivel censurar o projecto Sá Pereira por ter dado preferencia ao primeiro systema. A importancia das duas noções é immensa no dominio das leis penaes. As proprias divergencias da doutrina quanto á delimitação dessas duas formas da culpabilidade aconselham uma decisão legislativa.

Vejamos, embora perfunctoriamente, o que dispõe o projecto a respeito do dolo. Responde por dolo — é o enunciado do art. 26 — aquelle que tiver querido produzir a lesão ou crear o perigo, causados com o seu acto, ou o praticar, quando *se devessem prever*, como necessarias ou *provaveis*, as consequencias que delle resultarem.

Dolosa é a lesão querida. Doloso, o perigo. Neste ponto, nenhuma duvida se póde levantar: a doutrina é unanime. Mas o projecto considera tambem comprehendidas na noção do dolo todas as consequencias *necessarias* ou *provaveis* do acto praticado, *que se devessem prever*. Isso nos suggere as seguintes reflexões: as consequencias necessarias de um acto, se previstas, estão virtualmente dentro das queridas. A vontade não póde deixar de abranger umas e outras, o conjuncto (*Vorstellungskomplex*). As simplesmente previsiveis — "que se devessem prever", diz o art. — não. O dever de prever não póde substituir a previsão. Importará isso uma *presumptio doli*. Mas até as consequencias *provaveis* (que se devessem prever) são incluidas na alludida noção. Extende-se assim demasiadamente a idéa do dolo. Restringe-se a da culpa (*stricto sensu*).[2]).

O problema das consequencias possiveis ou provaveis do acto delictuoso tem provocado na doutrina e nas legislações profundas divergencias. Alguns escriptores

---

2) Veja-se a critica da commissão da Faculdade de Direito de S. Paulo, na *Revista* desse estabelecimento, 1937, fas. IV.

2a) No mesmo sentido o codigo yugo-eslavo, 1929, § 16. Veja-se o projecto grego (trad. allemã de D. Venturas), art. 12.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

allemães, poucos, chegam ao exagero de incluir no dolo o resultado possivel ou provavel, mas só *quando previsto*. A opinião geralmente seguida é que, no caso das alludidas consequencias, póde haver dolo, mas póde não haver. Estabelecer uma linha de separação ou de demarcação tem sido objecto de argutas e porfiadas cogitações. A escola da representação (*Vorstellungsteorie*) decide se existe ou não dolo, conforme o grau da possibilidade ou probabilidade. Se ella é diminuta, só existe culpa (em accepção restricta). Esta possibilidade (probabilidade) deve apresentar-se ao espirito do agente; não é a conhecida pelo observador. A escola da vontade (*Einwillungsteorie*) não se contenta com a representação (possibilidade ou probabilidade): requer, para a existencia do dolo (d. eventual) a cooperação ou intervenção da vontade. v. Hippel, na sua excellente monographia *Die Grenze von Vorsatz u. Fahrlaessigkeit*, traçou nitidamente a linha divisoria das duas formas da culpabilidade. A alludida cooperação ou intervenção é traduzida, na doutrina e na praxe, por varias expressões, como concordancia (*Einverstaendnis*), assentimento (*Einwilligen*), approvação (*Billigen*) e outras equivalentes. E' esse elemento voluntario que separa as duas modalidades confinantes da culpa (em sentido amplo) — o dolo eventual e a culpa (*stricto sensu*) consciente. Inspiraram-se os projectos allemães (menos o de 1909, por isso assás criticado) nesse criterio de distincção. Encontramo-lo adoptado no codigo polaco, cujo art. 14, § 1, assim reza (segundo a versão francêsa): "L'infraction intentionelle existe non seulement, lorsque l'auteur veut la commettre, mais aussi quand il prévoit la possibilité de l'éffet délictueux ou du caractère délictueux de l'action et y consent". [2a]). A esta formula positiva (*positive Einwildungsteorie*) preferiu o projecto scientifico allemão outra, hypothetica. Thyrén, comquanto a houvesse comba-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

tido, a acolheu em seu projecto. O § 2 do capitulo VI dispõe (segundo a traducção espanhola do professor Jiménez de Asúa): "Cundo el culpable ha realizado el acto, comprendiendo al ir a ejecutarlo, la posibilidad de que pueda seguirse de el un resultado punible y si el resultado sobreviene, aunque no lo desease y aunque no estüviese cérto de su producción, *si considerará causado dolosamente, cuando atendiendo á las circunstancias, debiera suponerse que no por semejante certeza se hubiese abstenido de su acción*". [3]).

A commissão incumbida de organizar o projecto de codigo penal para o 3.º Imperio allemão substituiu a expressão que indicava concordancia ou assentimento (*Einverstandensein*) por outra (*In dem Kauf nehmen*), capaz de abranger os casos em que o agente deixa, por frivola indifferença (*in frivoler Gleichgueltigkeit*), que o resultado se verifique. Alargou assim, em detrimento da culpa consciente, o ambito do dolo eventual. [4]).

Essa especie de dolo (que se refere á hypotheses de resultados possiveis ou provaveis) está hoje acolhida na doutrina e no direito positivo dos mais diversos povos. E' uma necessidade. Dispensam-na os países que como a Inglaterra, a França, a Espanha e Portugal se servem, em logar della, da antiquada e erronea idéa do dolo indirecto. [5]).

A Italia persiste em conservar essa anachronica e execrada especie de dolo, procurando disfarça-lo sob o nome de *preterintenzionalità*. [6]).

---

3) De formula, mais ou menos, identica se serve o projecto cubano (Ortiz).

4) Guertner (Franz —), *Das kommende deut. Strafrecht*, I, pag. 70.

5) Schaffstein, *Ob. cit.*, pag. 62.

6) A preterintencionalidade nem os proprios italianos sabem com segurança o que seja. Uns affirmam que é dolo indirecto. Outros que é mixto de dolo e culpa. Outros que de dolo e caso fortuito (responsabilidade objectiva). Não admira, por conseguinte,

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Em synthese: tendo, com razão, adoptado o alvitre de definir o conceito do dolo, não soube o projecto Sá Pereira fazê-lo de harmonia com os mais adeantados ensinamentos da doutrina.

Discute-se muito, sobretudo na literatura allemã, se para a existencia do dolo é necessario o conhecimento do caracter illicito do acto, da sua injuridicidade (*Rechtswidrigkeit*). As opiniões são desencontradas. Entre as extremadas, que affirmam ou negam, estão as que se satisfazem com a consciencia da contrariedade á norma ou ao dever.[7]).

Os que sustentam a necessidade de ter o agente consciencia da natureza anti-juridica da acção, como requisito integrativo do conceito do dolo, esclarecem que não se trata de consciencia de ser a mesma violadora de determinada disposição legal ou de incidir em prefixada penalidade. Basta — observa um delles, o criminalista suisso Hafter — que ao sentimento juridico do agente se apresente como illicita. Na grande maioria dos casos esta qualidade não precisa de qualquer prova. Carece, pois, de procedencia o argumento de que, com semelhante exigencia, se obriga o julgador a uma difficil indagação[8]).

A escola nacional-socialista é de todo favoravel ao reconhecimento da consciencia da illicitude como elemento da noção do dolo. Porisso o futuro codigo alle-

---

que na caracterização do homicidio preterintencional andem as opiniões em inconciliavel desharmonia. Confessou, a peito aberto, Altavilla que "malgrado ogni sforzo dottrinario, sopravvive (nossa especie de homicidio) una typica figura di lesione, aggravata del maggiore evento". O direito italiano, nesse ponto, não acompanhou o progresso da doutrina e das legislações. A quasi unanimidade dos Estados cultos, que possuem codificações modernas, atirou ás urtigas a idéa carpzoviana do homicidio *praeter intentionem* (v. Liszt, *Vergleichende Darstellung*, B. T., V, 21). Custa-nos a comprehender que lhe tenha dado guarida o projecto Sá Pereira.

7) Sobre as varias teorias: Mezger, *Strafrecht*, p. 353.

8) *Lehrbuch d. schw. Strafrecht*, p. 117.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

mão a elle expressamente se refere. Eis como estão redigidos os respectivos §§: "Age dolosamente quem pratica o facto com consciencia e vontade e assim sabendo que faz cousa injusta (*Unrecht*) ou viola a lei. Age dolosamente tambem quem considera apenas como possivel o resultado, mas o produz a seu risco (*in Kauf-nimmt*) e assim pratica cousa injusta ou viola a lei".

Affirmou Siegert, em seus *Grundzuege,* que se tornava necessario simplificar a noção do dolo, incomprehensivel até para muitos juristas. De pôr em duvida é que se consiga tão louvavel *desideratum,* sobrecarregando-a de novo elemento.

O conceito, denominado normativo, do dolo tem, em nosso país, seu mais enthusiasta paladino em Nelson Hungria, o autor do livro — *A legitima defesa putativa.* Elle não trepida em affirmar que "a *injuridicidade subjectiva* é inilludivelmente exigida pela nossa lei penal, para a identificação dos crimes dolosos, abstrahindo o conhecimento especifico da norma penal". O seu argumento é que o nosso direito penal positivo concebe o dolo como *intenção criminosa* (= ao *dolus malus* do direito romano, ao *boeser Vorsatz* do codigo austriaco e á *malice* da lei inglêsa); e a intenção criminosa envolve ou pressupõe, evidentemente, necessariamente, a consciencia da rebeldia contra a ordem juridica ou, seja, a consciencia da injuridicidade da acção.

A these, defendida com invejavel talento e erudição, merece detido exame. A Conferencia de Criminologia, reunida na Capital da Republica, ha dois annos, approximadamente, não quiz concordar com a proposta de modificação do art. 26 do projecto Sá Pereira, no sentido de fazer entrar no conceito do dolo o elemento normativo. Regeitou-a por significativa maioria.

E' predominante na Italia, em cuja literatura mais se embebéram os nossos juristas, o conceito puramente

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

psychologico do dolo.[9]). Mas não escasseiam vozes do maior prestigio que se pronunciam pelo normativo. Entre ellas lembraremos a de Maggiore, para quem renunciar á consciencia da illicitude (*torto*) no dolo equivale a supprimi-lo como forma da culpabilidade, pois esta não se concebe sem o conhecimento do valor ethico-juridico da acção.[10]).

Em outros países tambem prevalece a concepção psychologica. Commummente ella se deduz da regra *error juris non excusat.*[11]).

Si é verdade que nenhuma antithese existe entre a inexcusabilidade da ignorancia da lei penal e a consciencia do valor da acção praticada,[12]) não o é menos que, quanto mais se propaga o conceito normativo do dolo, mais perde terreno, attenuando-se a pouco e pouco, o primitivo rigor do *error juris semper nocet*: tende a ignorancia da lei penal a ser tratada menos severamente.[13]).

---

9) Florian, *Trattato*, II, p. 455.

10) *Principi di dir. criminale*, I, p. 367.

11) *Deutsches Strafrecht*, II, p. 354.

12) De Marsico, *Coscienza e voluntá nella nozione del dolo*, p. 121.

13) Deve o dolo existir no momento do crime. Ora, isso não acontece — diz-se — na *actio libera in causa*. Conseguintemente, não póde ella ser imputada e punida. O argumento pouco vale. Momento decisivo, em tal caso, não é aquelle em que o resultado se verifica, mas o em que o agente estabelece o primeiro élo da cadeia causal. Em nosso direito, mestres dos mais notaveis, designadamente Baptista Pereira, opinaram no sentido da não imputabilidade e punição. Constrangidamente, delles nos separamos. A nossa opinião está hoje reforçada pela autoridade de Marcello de Queiroz, em sua bella dissertação sobre a *Theoria da "actio libera in causa"*. Rio, 1936, p. 110.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

LIBERDADE DE IMPRENSA

Estampamos, em additamento ao volume precedente, o dec. n.º 4.743, de 31 de outubro de 1923, que regulava a liberdade de imprensa e dava outras providencias. Sob o n.º 24.776, em data de 14 de julho de 1934, foi publicado outro diploma sobre o mesmo assumpto. A respeito escreveu conhecido publicista para um dos grandes diarios da capital paulista: "O que succedeu com a lei de imprensa, já todos vimos. Se a primeira, a infame, era má, a que o governo revolucionario decretou e os jornaes qualificaram de infamerrima, é mil vezes peior".

Em todos os assumptos — declarava o art. 1.º — era livre a manifestação do pensamento, sem dependencia de censura. Esta só na vigencia do estado de sitio podia ser permittida. Ao governo competia determinar-lhe a fórma e os limites. Continuava prohibido o anonymato, com uma restricção apenas — a do segredo de redacção, nos termos dos arts. 27 e 28. Não se vedava o pseudonimo, quando devidamente registrado. A suspensão de jornaes, regulamente registrados, sómente em certos casos e mediante formalidades garantidoras podia verificar-se. As officinas impressoras de jornaes e outros periodicos precisavam ser matriculadas. A falta de matricùla e das alterações supervenientes incorria em pena de multa, cujo maximo se elevava a dois contos de réis. Essa pena podia se aggravada até 50 %, no caso de reincidencia. Definiam-se, no capitulo III, os crimes que constituiam abuso de liberdade de imprensa. Ahi se estabeleciam tambem os casos em que se admittia a prova da verdade e o respectivo processo. A graduação da pena pecunia-

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

ria ficava ao arbitrio do tribunal, que levaria em consideração principalmente a gravidade da offensa, os antecedentes do reu e as suas condições de fortuna. As sommas resultantes dessas penas pertenciam ao offendido, se particular.

A responsabilidade criminal obedecia ao systema successivo, na seguinte ordem — autor, editor, dono da officina e vendedores ou distribuidores. Tratando-se de imprensa periodica, era considerado autor de todos os escriptos da parte editorial ou de redacção o director ou redactor principal. Pelos artigos, não assignados, da parte ineditorial respondia o gerente. Assim tambem pelos assignados por pessôa sem as condições legaes.

Todo diario ou periodico devia estampar em seu cabeçalho os nomes do director ou redactor principal e do gerente. Os individuos condemnados por duas ou mais vezes por delictos previstos no decreto ficavam impossibilitados de ser gerentes ou redactores principaes.

Regulava o capitulo V a rectificação compulsoria. Seguiam-se ahi os melhores modelos da legislação estrangeira. O julgamento dos crimes de abuso de liberdade de imprensa cabia a um tribunal especial, constituido por um magistrado togado e de quatro cidadãos sorteados entre os alistados como jurados. A sentença condemnatoria, em processo por crime de calumnia e injuria, seria publicada, a requerimento da parte. Em caso de absolvição, ficava o querelando obrigado a fazer a publicação. Nos mencionados crimes, sendo o delinquente primario, podia a execução da pena ser suspensa. As penas privativas da liberdade cumprir-se-iam em estabelecimentos distinctos dos destinados aos réus de crimes communs, sem sujeição a qualquer regime penitenciario.

Creou o decreto a Ordem dos Jornalistas Brasileiros, orgam de selecção e disciplina da classe. Com intuito altamente patriotico, vedou que estrangeiros tivessem

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

comparticipação, directa ou indirecta, na propriedade e administração das emprezas jornalisticas, politicas ou noticiosas.

Pelo exposto se vê que o citado decreto não continha principios que justificassem a animadversão com que foi recebido. Procurava cohibir abusos que se iam arraigando nos nossos costumes, tornando a imprensa periodica, em bôa parte, verdadeiramente prejudicial e desprezivel.

A Constituição de 16 de julho do referido anno estatuiu no § 9 do art. 113: "Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento, sem dependencia de censura, salvo quanto a espectaculos e diversões publicas, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato. E' assegurado o direito da resposta. A publicação de livros e periodicos independe de licença do poder publico. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem politica ou social".

Em linguagem clara e incisiva, dispôz o art. 131: "E' vedada a propriedade de emprezas jornalisticas politicas ou noticiosas a sociedades anonymas por acções ao portador e a estrangeiros. Estes e as pessôas juridicas não podem ser accionistas das sociedades anonymas proprietarias de taes emprezas. A responsabilidade principal e de orientação intellectual ou administrativa da imprensa politica ou noticiosa só por brasileiros natos póde ser exercida. A lei organica de imprensa estabelecerá as regras relativas ao trabalho dos redactores, operarios e demais empregados, assegurando-lhes estabilidade, férias e aposentadoria".

A carta constitucional de 10 de novembro de 1937 preceituou que a lei podia prescrever, com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança publica a censura

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

prévia da imprensa. E que esta regular-se-ia por lei especial, de accordo com os seguintes principios: *a*) a imprensa exerce uma funcção de caracter publico; *b*) nenhum jornal póde recusar a inserção de communicados do Governo nas dimensões fixadas em lei; *c*) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornaes, que o infamarem ou injuriarem, resposta, defesa ou rectificação; *d*) é prohibido o anonymato; *e*) a responsabilidade se tornará effectiva por pena de prisão contra o director responsavel e pena pecuniaria applicada á empreza; *f*) as machinas, caracteres ou outros objectos typographicos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indemnização das despezas com o processo das condemnações pronunciadas por delicto de imprensa, excluidos os privilegios eventuaes derivados do contrato de trabalho da empreza jornalistica com os seus empregados. A garantia poderá ser substituida por uma caução, depositada no principio de cada anno, arbitrada pela autoridade competente de accordo com a natureza, a importancia e a circulação do jornal; *g*) não podem ser proprietarios de emprezas jornalisticas as sociedades por acções ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como ás pessôas juridicas participar de taes emprezas como accionistas. A direcção dos jornaes, bem como a sua orientação intellectual, politica e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos.

De consonancia com esses principios, elabora o governo presentemente a nova lei que estabelecerá as normas reguladoras da responsabilidade pelos delictos commettidos por meio da imprensa.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

AUTORES CITADOS NESTE VOLUME

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A

ACKERMANN (Barbara—): Das Analogieverbot im geltenden und zuk. Strafrecht, Breslau, 1934.

ALTAVILLA (Enrico—): Delitti contro la persona, 4.ª ed., Milano, 1934.

— Liniamenti di diritto penale, 2.ª ed., 1933.

ALVES JUNIOR (Thomaz—): Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal, Rio de Janeiro, 1870.

ANTOLISEI (Francesco—): L'offesa e il danno nel reato, Bergamo, 1930.

ARAUJO (Americo de—): Sciencia penitenciaria positiva, Rio de Janeiro, 1923.

ARAUJO (João Vieira de—): Codigo penal commentado, Rio de Janeiro, 1896, 1901 e 1902.

— A revisão dos processos penaes, segundo a doutrina, a jurisprudencia e a legislação comparada, Rio de Janeiro, 1899.

ARENAL (Concepción—): El derecho de gracia ante la justicia (Obras completas, vol. XII).

ASCHAFFENBURG (Gustav—): Der Rechtsschutz d. gefaehrlichen Geisteskranken (A protecção juridica dos alienados perigosos), Berlin, 1912.

ASCHROTT und v. LISZT: Reform des Reichsstrafgesetzbuchs (Reforma da legislação penal allemã), Berlin, 1920.

ASCHROTT (P. F.—): Ersatz kurzzeitigen Frheitsstrafe (Substituição das penas privativas da liberdade de curta duração), Hamburgo, 1889.

ASÚA (Luis Jiménez de—): La sentencia indeterminada, Madrid, 1913.

AUBRY — L'indulgence et la loi, Paris, 1908.

AZEVEDO (Vicente de—): Crime-Damno-Reparação, S. Paulo, 1934.

B

BAERNREITHER (J. M.—): Jugendfuersorge und Strafrecht in dem Vereinigten Staaten von Amerika (Assistencia a menores e direito penal nos Estados Unidos da America), Leipzig, 1905.

BALEEIROS (Aliomar—): O livramento condicional, Bahia, 1926.

BASTOS (Filinto Justiniano Ferreira—): Estudos de Direito Penal, Bahia, 1911.

BECCARIA (Cesare Bonesano di—): Dei delitti e delle pene, Milano, 1864.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

BEAUMONT et TOCQUEVILLE: Du systéme pénitentiaire aux États-Unis et de son application en France, Paris, 1833.

BECK (Sebastian—): Das Afghanische Strafgesetzbuch von Jhare 1924 (Codigo penal do Afghanistão de 1924), Berlin, 1928.

BENTHAM (Jeremias—): Oeuvres, Bruxelles, 1840.

— Traité de législation penal et civile, Paris, 1820.

BERNER (Albert Friedrich—): Lehrbuch des deutschen Strafrechts (Tratado de direito penal allemão), Leipzig, 1866.

BINDING (Karl—): Handbuch des Strafrechts (Manual de direito penal), Leipzig, 1885.

— Die Normen und ihre Uebertretung (As normas e sua violação), Leipzig, 1890.

BIRKMAYER (Karl von—): Das Absehen von Strafe, dritter Baitraege zur Kritik des (deutschen) Vorentwurfs (A renuncia á pena, terceira constribuição á critica do ante-projecto (allemão) de codigo penal), Berlin, 1910.

BRITO (Lemos—): Os systemas penitenciarios do Brasil, Rio de Janeiro, 1924.

— Les prisons du Brèsil, Rio de Janeiro, 1930.

BUMKE (Erwin—): Deutsches Gefaengniswesen (Disciplina carceraria allemã), Berlin, 1928.

C

CADALSO (Fernando—): Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos, Madrid, 1914.

CALKER (Fritz van—): Strafrecht und Ethik (Direito penal e ethica), Leipzig, 1897.

CALÓN (Eugenio Cuello—): El nuevo Código Penal Español (exposición y comentario), Barcelona, 1929.

— Exposición del código penal reformado de 1932, Barcelona, 1933.

CALVERT (Roy E.—): Capital Punishement in the XXth. Century (A pena capital no seculo XX), Londres, 1930.

— The death penality inquery: being a rewiew of the evidence before the selected comittee on capital punhishement (Inquerito a respeito da pena de morte. Resenha dos informes colhidos pela respectiva commissão), Londres, 1931.

CARBONI (Giacomo—): Dell'esecuzione in materia penale, Milano, 1905.

CARNELLUTTI (Francesco—): Teoria generale del reato, Padova, 1933.

CARRARA (Francesco—): Programma del corso di diritto criminale, Firenze, 1900.

CASTEJÓN: Libertad convencional, Madrid, 1915.

CECCHI (Orfeo—): L'evento nel reato, Napoli, 1932.

CHAUVEAU-HÉLIE: Théorie du Code Penal, Bruxelles, 1837, ed. Nypels.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

CHAVES (João—): Sciencia penitenciaria, Lisbôa, 1912.
CONTI (Ugo—): Il codice penale illustrato articolo per articolo, Milano, 1934.
COSTA (Armando—): Livramento condicional, Rio de Janeiro, 1934.
COSTA (Moraes) e MACEDO (F.): Noções de direito criminal (Penologia), Rio de Janeiro, 1919.
COSTA (José da Silva—): Estudo theorico e pratico sobre a satisfação do damno causado pelo delicto, Rio de Janeiro, 1878.
COUSTURIER (J. L.—): Traité de la prescription en matière criminele, Bruxelles, 1849.
CUCHE (Paul—): Traité de science et de législation pénitentiare, Paris, 1905.

D

DEGOIS (C.—): Traité élémentaire de droit criminel, Paris, 1912.
DELAQUIS (Ernest—): Die Rehabilitation im Strafrecht (A rehabilitação no direito penal), Berlin, 1907.
DEMOGUE (René—): De la réparation civile des délits, Paris, 1898.
DESPORTES et LEFÉBURE: La science pénitentiaire au Congrés de Stockolm, Paris, 1880.
DONNEDIEU DE VABRES (H.—): La justice pénale d'aujourdhui, Paris, 1929.
— Traité élem. de droit criminel. Paris, s. d.
DOPFFER (Léon Vincent—): La liberation condicionelle, Paris, 1898.
DORADO (Pedro—): El Derecho Protector de los Criminales, Madrid, 1916.
DRUMMOND (Lima—) : Noções de direito criminal (Penologia), Rio de Janeiro, 1919.
— Direito criminal (prelecções), Rio de Janeiro, 1915.

E

ELLERO (Pietro—): Sobre la pena de muerte, Madrid, 1907.
EXNER (Franz—): Kriminalistischer Bericht ueber eine Reise nach Amerika (Relatorio criminalistico de uma viagem á America), Berlin, 1935.
— Die Theorie der Sicherungsmittel (A theoria dos meios de segurança), Berlin, 1914.

F

FERRI (Enrico—): Os criminosos na arte e na literatura, Lisbôa, 1923.
— Principii di Diritto Criminale, Torino, 1928.
FEUERBACH (Paul Joh. Anselm—): Lehrbuch (Tratado), 1801.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

FILANGIERI (Gaetano—): La Scienza della Legislazione, Venezia, 1782-86.
FINGER (August—): Das oesterr. Strafecht (Direito penal austriaco), Berlin, 1895.
FLORENTINO (Braz—): Do poder moderador, Recife, 1864.
FLORIAN (Eugenio—): Parte generale del Diritto Penale, 4.ª ed., Milano, 1934.
FOLTIN (Edgar M.—): Amerikanische Gefaengniswesen (Disciplina carceraria americana), Reichenberg, 1930.
— Die chronisch erhoet Gefaehrlichen (Os perigosos chronicos), Wien, 1927.
FRANCO (Ary Azevedo—): Livramento condicional, Rio de Janeiro, 1931.
FRANK (Reinhard—): Das Strafgesetzbuch fuer des Deutsche Reich (Codigo Penal do Imperio Allemão), Tuebingen, 1919.
— Vergeltungsstrafe und Schutzstrafe (Pena retributiva e pena de protecção), Tueb., 1908.
FREDE e GRUENHUT: Reform des Strafvollzuges (Reforma da execução penal), Berlin, 1927.
FREUNDENTHAL (Berthold—): Amerikanische Kriminalpolitik (Politica criminal americana), Berlin, 1907.
— Die Staatsrechtiliche Stellung des Gefaengenen (Frankfurter Rektoratsrede), (A posição juridica dos detentos. Discurso de reitorado de Frankfort), 1910.
FRIEDENREICH (Heinrich—): Die Lehre von den Kosten im Strafprocess (A teoria das custas no processo penal), Breslau, 1901.
FRISOLI: Amnistia e indulto nella vigente legislazione penale, Milano, 1933.
FROSALI: L'errore nella teoria del diritto penale. Milano, 1933.

G

GABBA (C. F.—): Il pro ed il contro nella questione della pena di morte, Pisa, 1866.
GARÇON (E.—): Code Penal, Paris, 1901 a 1906.
GARICOÏTS (Firmin—): La libertad condicional, Montevideu, 1932.
GAROFALO (R.—): La riparazione alle vittime del delitto, Torino, 1896.
GARRAUD (R.—): Traité théorique et pratique du Droit Pénal Français, Paris, 1888-1902.
GEIB (Karl Gustav—): Lehrbuch d. Deutschen Strafrechts (Tratado de direito penal allemão), Leipzig, 1861-62.
GENTZ: Reform des Strafvollzuges (Reforma da execução das penas), Leipzig, 1927.
GEORGE (L.—): Du sursis conditionnel á l'execution de la peine et de la liberation conditionelle, Paris, 1895.
GERLAND (Heinrich B.—): Der Entwurf 1925 (O projecto de 1925), Berlin, 1925.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

GEYER (August—): Grundriss zu Vorlesungen ueber gemeines deutsches Strafrecht (Programma para prelecções sobre direito penal commum allemão), Muenchen, 1884-85.
GLEISPACH (W. v.—): Der deut. Strafgesetzentw. (O projecto de codigo penal allemão), Leipzig, 1921.
GOERLICH (Richard—): Die vorlaeufige Entlassung (O livramento condicional), Breslau, 1906.
GONZALES (Teodosio—): Derecho Penal, Assumpción, 1928.
GRISPIGNI (Felippo—): Corso di diritto penale, Padova, 1932.
GUCKENHEIMER (Ed.—): Der Begriff der ehrlosen Gesinnung in Strafrecht (O conceito do sentimento deshonroso no direito penal), Hamburg, 1921.
GUERTNER (Franz—): Das kommende deu. Strafrecht und die Arbeit der amtlichen Strafrechtscommission (O futuro direito penal e o trabalho da commissão official de direito penal), Berlin, 1935.
GUSMÃO (Chrysolito de—): Da suspensão condicional da pena, Rio de Janeiro, 1926.

H

HAELSCHNER (H.—): Das gemeine deutsche Strafrecht (Direito penal allemão commum), Bonn, 1881-87.
HAFTER (Ernest—): Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts (Tratado de direito penal suisso), Berlin, 1926.
HALLE: Der heutige Stand der Ansichten ueber Wert und Wirkunk der Einzelhaft (O estado actual das opiniões sobre o valor e efficacia da prisão cellular), Goetingen, 1912.
HARNSTADT: Der Institut der bed. Benagdigung (O instituto da graça condicional), Berlin, 1902.
HARTMANN (A.—): Die Strafrechtspflege in Amerika (A administração da justiça na America), Berlin, 1906.
HARTUNG (Fritz—): Strafrecht (Direito penal).
HEILBORN (P.—): Die kurze Freiheitsstrafe (A pena privativa da liberdade de curta duração), Leipzig, 1908.
HEINDL (Robert—): Der Berufsverbrecher (O criminoso profissional), Berlin, 1929.
HINTRANGER: Amerikanisches Gefaengnis und Strafenwesen (Prisões americanas e disciplina carceraria), Tuebingen, 1900.
HÉLIE (Faustin—): Traité de l'instruction criminelle, Paris, 1858.
— Pratique criminelle des Cours et Tribunaux, Paris, 1877.
HERR (Paul—): Das moderne amerikanische Besserungssystem (O moderno systema americano de correção), Leipzig, 1907.
HESS: Die Busse in schw. Strafrecht (A multa no direito penal suisso), Zuerich, 1909.
HETZEL: Die Untersuchungshaft nach deutschen, oesterreichischen, franzoesischen und engl. Recht (A prisão preventiva esgundo o direito allemão, austriaco, francês e inglês), Breslau, 1899.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

HIPPEL (Robert von—): Deutsches Strafrecht (Direito penal allemão), Berlin, 1925.
HOEPFNER (W.—): Einheit und Mehrheit der Verbrechen (Unidade e pluralidade de crimes), Berlin, 1908.
HOOREBEKE (Émile van—): Traité des prescriptions en matiére pénale, Bruxelles, 1847.
HOLTZENDORFF (Fr. v.—): Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe (O crime de assassinio e a pena de morte), Berlin, 1875.
— Das irische Gefaengnissystem (O systema penal irlandês), Leipzig, 1859.
— Rechtslexikon (Diccionario Juridico), Leipzig, 1881.
HOWWARD (John—): The state of prisons in England and Wales with preliminary observations and an account of some foreing prisons and hospitals, Londres, 1792.
HYGINO (José—): Tratado de direito penal allemão, de v. Liszt, Rio de Janeiro, 1899.

I

IMPALLOMENI (G. B.—): Istituzioni di Diritto Penale, Torino, 1908.

K

KANT (Emmanuel—): Metaphysiche Anfangsgruende der Rechtslehre (Elementos metaphysicos da doutrina do direito), Koenisberg, 1797.
KATZENSTEIN (Richard—): Die Todesstrafe in einem neuen Reichsstrafgesetzbuch (A pena de morte em um novo codigo penal para o imperio), Berlin, 1902.
KOEBNER: Die Massregel der Einziehung der Produkte u. Werkzeuge eines Delikts (A medida do confisco dos productos e dos instrumentos do crime).
KOEHLER (A.—): Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzkonkurrenz (As linhas de limitação entre a concorrencia idèal e a concorrencia de leis), 1900.
KRIEGSMANN (Hermann—): Einfuehrung in die Gefaengniskunde (Introducção á disciplina carceraria), Heidelberg, 1912.
KROHNE (K.—): Lehrbuch der Gefaengniskunde (Tratado de disciplina carceraria), Stuttgart, 1889.
KUNTZ: Das Gewerbe und Berufverbot in Strafrecht (A prohibição de industria ou profissão no direito penal), Bern, 1922.

L

LABBÉ: L'amende pénale et amende fiscale, these, Lille, 1894.
LAMMASCH (H.—) e RITTLER (Th.—): Grundriss des oesterreichischen Strafrechts (Compendio de direito penal austriaco), Wien, 1926.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

LEGOUX (J.—): Du droit de grace en France comparé avec les legislations étrangéres, Paris, 1885.
LE SELLYER (Achille François—): Traité de l'exercice et de l'extinction des actions publiques et privée, Paris, 1874.
LEVI (N.—): Delitti contro la publica amministrazione, Milano, 1935.
LIEPMANN (Moritz—): Einleitung in das Strafrecht (Introducção ao direito penal), Berlin, 1900.
— Amerikanische Gefaengnisse und Erziehungsanstalten (Prisões americanas e institutos de educação), Mannheim, 1927.
— Die Todesstrafe (A pena de morte), Berlin, 1912.
LISZT (Franz von—): Strafrechtliche Aufsaetz und Vortraege (Artigos e conferencias de direito criminal).
LOGOZ: Essai sur la réhabilitation, Genève, 1911.
LOMBROSO (Cesare—): L'uomo delinquente, Torino, 1884.
LOURIÉ (Samuel—): Die Kriminalverjaehrung (A prescripção criminal), Breslau, 1914.
LUIS (Francisco—): Codigo Criminal do Imperio, Maceió, 1885.
LYRA (Roberto—): Condição moral e juridica do encarcerado, Rio de Janeiro, 1924.

M

MAGGIORI (Giuseppe—): Principî di diritto penale, Bologna, 1937.
MANGIN (Jean Henri Claude—): Traité de l'action publique et de l'action civile en matiére criminelle, Paris, 1876.
MANZINI (Vicenzo—): Trattato di diritto penale, Torino, 1908.
MARCUSE (Oswald—): Die Ehrenstrafe (A pena contra a honra), Breslau, 1899.
MARQUET: De la prescription em matière criminelle, Paris, 1866.
MARSANGY (Bonneville de—): De la amélioration de la loi criminelle, Paris, 1864.
— Institutions complémentaires du régime panitentiare, Paris, 1874.
MARSICO (Alfredo de—): Coscienza e volontá nella nozione del dolo, Napoles, s. d.
MASSARI (Eduardo—): Le dottrine generale del diritto penale, Napoles, 1930.
MASAVEU (Jaime—): El nuevo derecho penal, Madrid, 1929.
MATTER: Friedensbuergschaft (A caução de bom comportamento), Zuerich, 1909.
MAURACH (Reinhart—): System des russischen Strafrechts (Systèma de direito penal russo), Berlin, 1928.
MAYER (Max Ernest—): Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts (Parte geral do direito penal allemão), Heidelberg, 1915.
MECCACI (Ferdinando—): Trattato di Diritto Penale, Torino, 1901.
— Il diritto penale nel suoi rapporti colla capacitá giuridica dei condannati, Roma, 1873.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

MENDES DE ALMEIDA (Candido—): Decimo congresso penal e penitenciario internacional, Rio de Janeiro, 1933.
— As novas reformas penaes, Rio de Janeiro, 1930.
MENTEL: Ergebnisse d. bed. Straferlass in Deutschland, Belgien, Frankreiche und der Schweis (Resultados da renuncia condicional á pena na Allemanha, Belgica, França e Suissa), Zuerich, 1912.
MERKEL (Adolf—): Lehrbuch des deutschen Strafrechts (Tratado de direito penal allemão), Stuttgart, 1889.
MEYER (Hugo—) e ALLFELD (Ph.—): Lehrbuch des deutschen Strafrechts (Tratado de direito penal allemão), Leipzig, 1912.
MINEIROS (Beatriz—): Codigo dos menores commentado, São Paulo, 1929.
MIRANDA (Pontes de—): Commentarios á Constituição de 1934,
MITTERMAIER (C. J. A.—): Die Todesstrafe (A pena de morte), Heidelberg, 1915.
MONTERO (Dorado—): El derecho protector de los criminales, Madrid, 1916.
MORAES (Bezerra de—): Estudos sobre os systemas penitenciarios, Rio de Janeiro, 1915.
MORAES (Evaristo de—): Prisões e instituições penitenciarias, Rio de Janeiro, 1923.
MORENO (López—): La prueba de indicios, Madrid, 1897.
MORI (F. A.—): Scritti germanici di diritto criminale, Livornio, 1846.
MOSSÉ (Armand—): Les prisons et les instituitions d'éducation corrective, Paris, 1929.
MOUSSONN: Die begingte Entlassung in schw. Recht (O livramento condicional no direito penal suisso), Zuerich, 1912.

N

NEITHARDT: Ueber die Anrechnung der Untersuchungshaft (Acerca da computação da prisão preventiva), Muenchen, 1876.
NÉZARD (Henry—): Les principes généraux du droit disciplinaire, Paris, 1907.
NISSEN: Die Einziehung (O confisco), 1887.
NOCITO: Della liberazione condizionale dei condannati, Roma, 1880.
NYPELS-SERVAIS (J. S. G.—): Le Code Pénal Belge, Bruxelles, 1896.

O

OCTAVIO (Rodrigo—): Do Dominio da União e dos Estados, São Paulo, 1924.
— Coração aberto, Rio de Janeiro, 1934.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

OERSTED: Ueber die Grundregeln der Stragessetzgebung (Acerca dos principios fundamentaes da legislação penal), Kopenhagen, 1848,

OLSHAUSEN (Justus ,von—): Kommentar zum Strafgesetzbuch fuer das Deustche Reich (Commentario ao Codigo Penal do Imperio Allemãø), Berlin, 1916.

ONECA (José Antón—): El perdón judicial, Madrid, 1922.

ORTIZ (Fernando—): Proyecto de Código Criminal Cubano, Habana, 1926.

ORTOLAN (Joseph Louis Elzéan—): Élements de droit pénal, Paris, 1875.

P

PACHECO (Joaquín Francisco—): El codigo penal concordado y comentado, Madrid, 1888.

PECO (José—): Le reforma penal argentina, Buenos Aires, 1921.

PERATONER: La liberazione condizionale dei condannati, Catania, 1891.

PESSINA (Enrico—): Elementi di Diritto Penale, Napoles, 1883.
— Enciclopedia del Diritto Penale, Milano 1950-13.

PFENNINGER (H.—): Das Strafrecht des Schweiz (O direito penal suisso), 1890.

PITANGA (Sousa—): Organisação penitenciaria nos países latino-americanos, Rio de Janeiro, 1907.

PONTES DE MIRANDA: Commentarios á Constituição de 10 de novembro de 1937, Rio de Janeiro, 1938.

PRAVIOL (Armand—): Le patronage des liberés, Toulose, 1901.

PRINS (A.—): Science pénale et droit positif, Bruxelles, 1899.

PROTOKOLL der zweiten Expertenkomission (Procés-verbal de la deuxieme commission d'experts), Zuerich, 1912.

R

RADBRUCH (Gustav—): Reform, 1926.

RAINIERI (Silvio—): La causalità nel diritto penale, Milano, 1936.

RAPPAPORT (Emile Stanislas—): La loi de pardon, Paris, 1911.

RAVIZZA (Adelgiso—): La condanna condizionale, Milano, 1911.

REUTER: Der Raufhandel (A rixa), Breslau, 1899.

REVISTAS E JORNAES:

Archivo Judiciario, Rio de Janeiro.

Deutsche Juristen Zeitung, publicada sob a direcção de Laband e outros, 1896 em diante.

Diario Official da União, Rio de Janeiro.

Gazeta Juridica, São Paulo.

Gerichtssaal (Sala de audiencia), fundada por Jagemann, 1849 em diante, Stuttgart.

Jornal do Commercio, Rio de Janeiro.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Monatsschrift fuer Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform (Revista mensal de psychologia criminal e de reforma penal), publicada por Aschaffenburg, Heidelberg, 1905 e segs. Actualmente sob a direcção de Exner.

O Direito, Rio de Janeiro.

Revista de criminologia e Medicina Legal, São Paulo.

Revista de Critica Judiciaria, Rio de Janeiro.

Revista de Jurisprudencia, Rio de Janeiro.

Revista de Jurisprudencia Brasileira, Rio de Janeiro.

Revista da Faculdade de Direito de São Paulo.

Revista do Supremo Tribunal Federal, Rio de Janeiro.

Revista dos Tribunaes, São Paulo.

Revue de droit pénal et de criminologie, Bruxelles, 1907 e segs.

Revue pénitentiaire et de droit pénal. Bulletin de la Societé générale des prisons. 1877 e segs., Paris.

Revue de droit internacional privé et de droit pénal international, 1905 e segs., Bruxelles.

Rivista penale de dottrina, legislazione e giurisprudenza, de Lucchini, 1874 e segs., Torino.

Scuola Positiva, de Ferri e outros, Milano.

Zeitschrift fuer die gesamte Strafrechtswissenschaft (Revista geral das sciencias penaes), 1881 e segs.

Zeitschrift fuer Schweizer Strafrecht (Revue pénale suisse), 1882 e segs., Bern.

Recueil de documents en matiére pénale et penitentiaire. Bulletin de la commission International, pénale et penitentiare, Bern, 1931 e segs.

RIETZSCHE: Das kommende deuts. Strafrecht (O futuro direito penal allemão), Berlin, 1935.

RIVA-PALAZZI e CARLO DELLA VENERIA: Compendio di diritto penale, Torino, 1932.

RIVAROLA-MATIENZO-NORBERTO-PIÑERO: Proyecto de código penal para la República Argentina, Buenos Aires, 1898.

ROELING (Bernard V. Aloysius—): De Wetgeving tegen de zoogenaamde Beroeps en Gewoontemisdadingers, s' Gravenhage, 1933 (A legislação contra os chamados delinquentes profissionaes e habituaes, Haya, 1933).

ROSENFELD (Ernest—): Welche Strafmittel koennen an die Stelle der kurzzeitigen Freiheitsstrafe gesetzt werden? (Que meios penaes podem ser empregados em logar das penas privativas da liberdade de curta duração?), Berlin, 1890.

ROSSI (Paolo—): La pena de morte e la sua critica, Genova, 1932.

ROSSI (Pellegrino—): Traité de droit penal, Paris, 1872.

ROURA (Octavio Gonzales—): Derecho penal, Buenos Aires, 1925.

ROUX DESSARPS: De la grace, Paris, 1898.

ROUX (J. A.—): Cours de droit criminel français, Paris, 1927.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

S

SALLEILLES (Raymond—): L'individualisation de la peine, Paris, 1898.
SANTORO (Arturo—): Teoria delle circostanze del reato. Roma, 1933.
SANTOS (Carvalho—): Codigo Civil interpretado.
SCHAFFSTEIN (Friedrich—): Die allg. Lehren vom Verbrechen in ihren Entwicklung durch die Wissenchaft d. gem. Strafrechts (As doutrinas geraes do crime em sua evolução atravéz da sciencia do direito penal commum), Berlin, 1930.
— Das Verbrechen als Pflichtverletzung (O crime como violação do dever), Berlin, 1935.
SCHEWARDNADSE (Michael—): Die Todesstrafe in Europa (A pena de morte na Europa), Muenchen, 1914.
SCHWARTZ (Ernest—): Das Strafgesetzbuch fuer das Deustche Reich (Codigo Penal do Imperio Allemão), Berlin, 1914.
SCHWARZE (F. O. von—): Bemerkungen zur Lehre von der Verjaehrung im Strafrecht (Observações sobre a doutrina da prescripção no direito penal), Erlangen, 1867.
SCIERLINGER: Die Fridensbuergschaft (A caução de bom comportamento), 1877.
SCILLER: Die Rehabilitation Verurteiter im schw. Strafrecht (A rehabilitação dos condemnados no direito penal suisso), Zuerich, 1905.
SIEGERT (Karl—): Grundzuege d. Strafrechts in neum Staat (Principios fundamentaes do direito penal no novo Estado), Tuebingen, 1934.
SEYFARTH (H.—): Problems des Strafwesen (Problemas de disciplina carceraria), Berlin, 1929.
SIQUEIRA (Galdino—): Direito Penal brasileiro, Rio de Janeiro, 1921.
— Projecto de Codigo Penal brasileiro, Idem, 1913.
SOARES (Oscar de Macedo—): Codigo Penal, Rio de Janeiro, 1910.
SPENCER (Herbert—): Essais de politique, Paris, 1906.
STIER-SOMLO und ELSTER (A.—): Handwoerterbuch der Rechtswissenschaft (Diccionario da sciencia do direito), Berlin, 1925-1929.
STOOSS (Carl—): Die Grundzuege des schweizerischen Strafrechts (Principios de direito penal suisso), Basel, 1892-93.
SWIDMEL: Der bed. Verunteilung in Kanton Zuerich (A condemnação condicional no cantão de Zuerich), 1925.

T

TALLACK (Willian—): Penalogical and Preventive Principles, London, 1889.
TARDE (G.—): La philosophie pénale, Paris, 1900.
TARQUINIO DE SOUSA: Bernardo Pereira de Vasconcellos, Rio de Janeiro, 1937.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

THOMASIUS (Christian—): Diss. de Bigamiae prescr., 1685.
THYRÉN (John C. W.—): Prinzipien einer Stragesetzreform (Principios de uma reforma da lei penal), Lund, 1910.
TUOZZI (Pasquale—): Corso di Diritto Penale, Napoles, 1899.

V

VALLE (Abel Pereira do—): Annotações ao codigo penal português, Porto, 1895.
VANNINI (Ottorino—): Liniamenti di diritto penale, Milano, 1933.
VERGLEICHENDE DARSTELLUNG DES DEUTSCHEN UND AUSLAENDISCHEN STRAFRECHTS (Exposição comparada do direito penal allemão e estrangeiro), de Birkmeyer e outros, Berlin, 1905-1909.
VIDAL (Georges—): Cours de droit criminel et de science pénitentiare, Paris, 1910.
VILLELA (Alvaro—): A revisão no processo penal,
VUILLEMER: D. Gewohnheitetssverbrechen und seine Bekaempfung (O crime habitual e sua repressão), Zuerich, 1918.

W

WACH (Adolf—): Die Reform der Freheitsstrafe (A reforma da pena privativa da liberdade), Leipzig, 1890.
WAECHTER (Carl—): Vorlesungen ueber das deutsche Strafrecht (Prelecções de direito penal allemão). Leipzig, 1881.
WHITAKER (Firmino—): Condemnação condicional (Sursis), Rio de Janeiro, 1920.
WICK: Ueber Ehrenstrafen und Ehrenfolgen der Verbrechen und Strafen (Acerca das penas e das consequencias contra a honra dos crimes e das penas), Rostock, 1845.

Z

ZAPPIERI (Leone—): L'omissione Causale, Roma, 1937.

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

INDICE

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

A

Actio libera in causa . . 462
Amnistia 335-336
Analogia (em materia penal) 437
Arte ou profissão (privação do exercicio de—) . 181
Antijuridicidade (no conceito do dolo) 460
Arresto domiciliar . . . 39
Art. 43 13
" 44 84
" 45 89
" 46 113
" 47 115
" 48 118
" 49 121
" 50 123
" 51 123
" 52 123
" 53 166
" 54 179
" 55 181
" 56 203
" 57 206
" 58 208
" 59 208
" 60 233
" 61 242
" 62 246
" 63 259
" 64 261
" 65 271
" 66 273
" 67 301
" 68 303
" 69 310
" 70 332
" 71 335
" 72 350
Art. 73 359
" 74 361
" 75 363
" 76 368
" 77 369
" 78 371
" 79 385
" 80 397
" 81 404
" 82 409
" 83 410
" 84 412
" 85 415
" 86 425

B

Banimento judicial . . . 74
Bens juridicos 16
Bigamia (delicto instantaneo) 292

C

Castigos corporaes . . . 41
Caução de bom comportamento 49
Causalidade 449
Cellular (prisão—) . . . 104
Colonia correccional . . . 118
Concurso de delictos . . 273
" real 279
" ideal 274
" homogeneo . . . 275
Condemnação condicional . 143
Confiscação 163

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Cousas objecto do confisco:
Sua propriedade . . . 319
Seu destino 320
Cumplicidade (sua pena) . 267
Custas do processo (na condemnação condicional) . 156
Custodia honesta . . . 77

D

Damno moral (sua resarcibilidade) 327
Dardanariato (crime de—) 266
Delicto (noção do—) . . 13
" continuado . . . 282
" complexo 286
" collectivo 286
Despezas judiciaes . . 310-329
Dia-multa 218
Direitos politicos (suspensão dos—) 181
Dolo (elemento normativo) 460
" preterintencional . . 459

E

Elmira (instituto de—) . 60
Execução das penas . . 81
Extradição dos nacionaes . 417

F

Fortaleza (prisão em—) . 115
Fiança 359

G

Gráus da pena 246
Good time system . . . 175
Greve (dos funccionarios publicos) 203

H

Habituaes (delinquentes) . 287
Hospitaes ou hospicios . . 303

I

Imprensa (liberdade de—) 463
Indemnização do damno . 332
Indicios 301
Indulto 350-352
Indignidade (do condemnado) 182
Inhabilitação (para exercicio de officio ou cargo publico) 205
Interdicção 181
Instrumentos (do crime) . 317

J

Juiz da execução . . . 107

L

Liberdade (penas privativas da—) 81
Livramento condicional . . 123
Loucura (estado de—) . . 303

M

Machinas 168
Morte (do condemnado) . 339
Morte (pena de—) . . . 17
Sua prescripção . . 29-429
Morte civil 184
Multa (pena de—) . . . 208
Sua substituição . . . 229
Pagamento em prestações 224
Contra a successão . . 228
Seu destino 228

P

Pena (sua noção) . . . 13
Sua organização . . 64
" infamante 84
" perpetua 85
" disciplinar 121
" indeterminada . . . 56

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Pena pecuniaria 410
Prevenção (geral e especial) 15
Distincções 198
Perdão judicial . . . 50-166
" do offendido . 335-341
Prazos (da prescripção) . 415
Presumpção 301
Preterintencionalidade . . 459
Prescripção . . . 350-352-385
Sua interrupção . . . 391
Sua suspensão 394
Prisão cellular 89
" (com trabalho obrigatorio) 80
" preventiva (computação) . . . 233-235

R

Reclusão (pena de—) . . 115
Recognizance 45
Rehabilitação 425
Reformatorios 98
Reincidencia (causa interruptiva da prescripção) . 404
Reparação do damno (requisito da suspensão da pena) 157
Rixa (crime de—) . . . 252
Resultados do crime . . 317
Retribuição (essencia das penas) 14
Revisão 426

S

Silencio (regra do—) . . 106
Systemas penitenciarios . 90
Philadelphico 90
Auburniano 91
Progressivo 92
Norte-americano . . . 98
Systema do codigo brasileiro 103
Sursis 143
Suspensão administrativa . 234
" (da pena de multa) . . . 147
" da condemnação 357

T

Trabalho carcerario . . . 166
Sua remuneração . 169
Sua exploração . 173
" externo 178
" livre . . . . .
Tentativa (sua punição) . 259

U

Unidade e pluralidade das penas privativas da liberdade 32

FIM DA PARTE GERAL

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

★ *Este livro foi composto e impresso nas officinas da Empreza Graphica da "Revista dos Tribunaes", Rua Xavier de Toledo, 72 - São Paulo, para a Companhia Editora Nacional, Rua dos Gusmões, 118 - São Paulo, em Junho de 1938.*

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado – Volume II (edição fac-similar), de Antonio José da Costa e Silva, foi impresso em papel vergê areia 85g/m², nas oficinas da SEEP (Secretaria Especial de Editoração e Publicações), do Senado Federal, em Brasília. Acabou-se de imprimir em agosto de 2004, como parte integrante da Coleção *História do Direito Brasileiro* – Série *Direito Penal* (Volume 7).

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br

Coleção

História do Direito Brasileiro

Direito Penal

ANTONIO JOSÉ DA COSTA E SILVA
Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado

ANTONIO LUIZ FERREIRA TINÔCO
Codigo Criminal do Imperio do Brazil annotado

BRAZ FLORENTINO HENRIQUES DE SOUZA
Lições de Direito Criminal

FRANZ VON LISZT
Tratado de Direito Penal allemão, prefácio e tradução de José Hygino Duarte Pereira

GALDINO SIQUEIRA
Direito Penal brazileiro (segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis *que o modificaram ou completaram,* elucidados pela doutrina e jurisprudencia)

JOÃO VIEIRA DE ARAUJO
Codigo Penal commentado, theorica e praticamente

OSCAR DE MACEDO SOARES
Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil

THOMAZ ALVES JUNIOR
Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal

TOBIAS BARRETO
Estudos de Direito

TOBIAS BARRETO
Menores e loucos em Direito Criminal

BDJur
http://bdjur.stj.jus.br